Ricerche giuridiche

ISSN 2281-6100

Vol. 7 – Num. 1
Giugno 2018

Edizioni
Ca’Foscari

Ricerche giuridiche
Rivista semestrale

Direzione e redazione Dipartimento di Economia, Università Ca' Foscari Venezia San Giobbe - Cannaregio 873, Fondamenta San Giobbe, 30121 Venezia ricerchegiuridiche@unive.it

Valutazione dei contributi I contributi inviati alla rivista *Ricerche giuridiche* sono oggetto di esame da parte del Comitato scientifico per la valutazione secondo le seguenti regole:

1 La valutazione è prevista per tutti i contributi (articoli, saggi, lavori di workshop dottorali, commenti a sentenza, ecc.).

2 Il contributo ricevuto è trasmesso in forma anonima, a cura della Direzione scientifica, ad uno o più componenti del Comitato scientifico per la valutazione, affinché i medesimi formulino il proprio giudizio compilando in via telematica l'apposito questionario. Trascorso il termine di trenta giorni dalla ricezione senza che il valutatore designato abbia formulato il giudizio, il contributo si intende da questi approvato.

3 La valutazione è calibrata sul genere letterario del contributo, e quindi sulla diversa funzione del saggio, della rassegna di giurisprudenza, del commento a sentenza.

4 In presenza di pareri dissenzienti, la Direzione può assumersi la responsabilità scientifica di procedere comunque alla pubblicazione, ma con indicazione del parere contrario dei valutatori interpellati. Ove invece dalle valutazioni emerga un giudizio positivo condizionato (a revisione, integrazione o modifica), la Direzione scientifica promuove la pubblicazione del contributo solo a seguito del suo adeguamento alle indicazioni ricevute dai valutatori, assumendosi la responsabilità della verifica.

5 In ciascun fascicolo della rivista sarà indicato, in ordine alfabetico, l'elenco dei membri del Comitato scientifico per la valutazione che hanno effettuato dei contributi pubblicati.

6 La Direzione scientifica della Rivista si riserva la facoltà di valutare autonomamente i contributi di alti esponenti delle istituzioni e i supplementi che raccolgano gli atti di convegni.

Ricerche giuridiche e-ISSN 2281-6100
Vol. 7 – Num. 1 – Giugno 2018

Sommario

URL http://edizionicafoscari.unive.it/it/edizioni/riviste/ricerche-giuridiche/2018/1/
DOI http://doi.org/10.30687/Rg/2281-6100/2018/15

e-ISSN 2281-6100

Ricerche giuridiche
Vol. 7 - Num. 1– Giugno 2018

Alla ricerca di una responsabilità autonoma del presidente del consiglio di amministrazione

Massimo Bianca
Professore associato di Diritto commerciale nell'Università di Trieste, Italia

Abstract The essay analyses the role and the functions that the chairman of the board of directors carries out in the same council, wondering if their exercise could give rise to his specific responsibility profiles, different from the joint liability normally imposed on all the members of the management body. The first part of the essay examines the source of the chairman's specific duties, distinguishing, in particular, the duties with specific content from those with a generic content. The second part deals with the specific functions that the chairman performs in the promotion and monitoring of information flows among the board. The third part highlights the specific function of verifying the completeness and truthfulness of the information provided by the chairman to the board of directors and his possible related responsibilities.

Keywords Joint-stock company. Board of directors. President.

Citation Bianca, Massimo (2018). "Alla ricerca di una responsabilità autonoma del presidente del consiglio di amministrazione". *Ricerche giuridiche*, 7(1), 7-20.

DOI 10.30687/Rg/2281-6100/2018/01/001

1 Le ragioni di una trattazione autonoma

La ricerca di un'autonoma responsabilità del presidente del consiglio di amministrazione si spiega soprattutto in ragione delle specifiche funzioni attribuitegli dalla legge o dallo statuto e delle possibili conseguenze dannose che potrebbero direttamente derivare dal loro mancato esercizio. In particolare, posto che il conferimento di siffatte funzioni implica il dovere di adempierle diligentemente ogni qualvolta le circostanze di tempo e di fatto lo richiedano, il mancato o inesatto esercizio configura un inadempimento e l'ingiusta lesione di un altrui diritto che, se foriero di pregiudizio, lo espone alle conseguenti responsabilità di legge[1].

Per quanto attiene alla società per azioni, cui si fa principalmente riferimento, il postulato è ricavabile dall'art. 2392 c.c.: questo, infatti, non prevede un autonomo regime di responsabilità per il presidente del consiglio di amministrazione, diverso da quello stabilito per gli altri consiglieri, ma impone a tutti gli amministratori di adempiere ai loro doveri con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle specifiche competenze, stabilendo un regime differenziato per il solo caso della delega di funzioni. Il medesimo postulato è altresì confermato dalla constatazione che generalmente, fermo il rapporto tra le due disposizioni[2], la figura del presidente del consiglio di amministrazione non è trattata in relazione alla responsabilità sancita dall'art. 2392 c.c. quanto, piuttosto, in occasione dell'analisi delle funzioni assegnategli dall'art. 2381 c.c.[3]. È suggellato, infine, dall'osservazione dei repertori giurisprudenziali, dove, quando esaminata, la funzione di presidente è valorizzata soprattutto allo scopo di negarne a priori la possibile esenzione dalla responsabilità solidale e non già al fine di postularne un'autonoma responsabilità nascente dalla carica, che escluda quella degli altri amministratori[4]. Fanno ovviamente eccezione i casi in cui questi abbia assunto anche

---

1 Come tradisce l'uso della congiunzione, nel testo ci si riferisce tanto alla responsabilità contrattuale, quanto a quella extra contrattuale, quanto, ancora, al loro possibile concorso. Per un'efficace ricostruzione del rapporto tra la responsabilità contrattuale ed extracontrattuale si veda il recente studio di Cricenti, *I principi della responsabilità civile*, Bari, 2018, p. 37.

2 Il rapporto tra gli artt. 2381 e 2392 c.c. è ben delineato, ad esempio, da Barachini, *La gestione delegata nelle società per azioni*, Torino, 2007, p. 68.

3 La circostanza è incontroversa, anche in considerazione del fatto che la sola rubrica dell'art. 2381 fa riferimento al presidente. Si vedano, ad esempio, Barachini, *Commento* sub *art. 2381*, in Aa.Vv., *La società per azioni*, diretto da Abbadessa e Portale, Milano, 2016, p. 1181; Meruzzi, *Commento* sub *art. 2381*, in Aa.Vv., *Codice Civile commentato*, a cura di Franzoni e Rolli, Torino, 2018, p. 3388; Sanfilippo, *Il presidente del consiglio di amministrazione nelle società per azioni*, in AA.VV., *Il nuovo diritto societario*, a cura di Abbadessa e Portale, t. 2, Torino, 2007, p. 441.

4 Così Cass. 13 maggio 2010, n. 11343, in *Giust. Civ. Mass.*, 2010, n. 5, c. 741.

deleghe esecutive o abbia subitaneamente agito di sua sola iniziativa, senza che i restanti amministratori abbiano avuto la possibilità di saperlo o di attivarsi per ridurre le conseguenze dei suoi atti dannosi.

Insomma, discutere di una sua responsabilità, che in qualche modo – o misura – si distingua dalla responsabilità solidale già prevista per tutti gli amministratori o dalla responsabilità gravante sui soli componenti degli organi delegati[5], ha un senso se ed in quanto si consideri quella che potrebbe scaturire dall'imputazione dell'inadempimento agli specifici doveri a lui derivanti dalla carica.

2 L'essenzialità della funzione e la fonte dei poteri

La nomina del presidente del consiglio di amministrazione è connaturale alla stessa presenza dell'organo consiliare[6]. È infatti minoritaria la tesi che, di fronte all'inciso che nell'art. 2381, co. 1, c.c. fa salva la diversa previsione statutaria, ipotizza si possa fare a meno di una stabile investitura e che questa possa essere al più supplita dalla designazione fattane in occasione di ciascuna riunione consiliare[7]. L'essenzialità della carica si spiega in ragione della natura permanente e continuativa delle funzioni assegnategli dalla legge, non compatibili con una designazione sporadica o episodica. In assenza di una diversa indicazione, l'art. 2387 c.c. non richiede particolari requisiti per l'assunzione dell'incarico, diversi da quelli previsti per gli altri amministratori; la scelta conferma che il presidente del consiglio di amministrazione non è un amministratore diverso dagli altri, ma un *primus inter pares* che si distingue dai restanti consiglieri solo in ragione della carica da questi stessi o dall'assemblea attribuitagli.

Com'è tipico delle funzioni, l'accettazione della carica comporta l'immediata e diretta assunzione dei compiti e dei poteri per questa previsti dalla legge. Si tratta di un effetto legale del negozio[8], sottratto alla disponibilità delle parti e che non potrebbe quindi essere da

5 È pacifico che la funzione di presidente non implichi di per sé l'attribuzione di deleghe gestorie: sul punto Montalenti, *Gli obblighi di vigilanza nel quadro dei principi generali*, in Aa.Vv., *Il nuovo diritto societario*, a cura di Abbadessa e Portale, t. 2, cit., p. 835. Merita ricordare che il Codice di autodisciplina delle società quotate (Luglio 2018), al punto 2.P.5 considera inopportuna la concentrazione di cariche sociali in una sola persona.

6 Si veda, seppur con riferimento alla s.r.l., ma con argomentazioni valevoli anche per la s.p.a., Mirone, *Commento* sub *art. 2475*-bis, *Il consiglio di amministrazione: disciplina legale e autonomia statutaria*, in Aa.Vv., *S.R.L., Commentario*, Milano, 2011, p. 542.

7 Così, peraltro con riferimento alla sola s.r.l., Salanitro, *Profili sistematici della società a responsabilità limitata*, Milano, 2005, p. 93.

8 In merito al rapporto tra la società ed i suoi amministratori ed alla natura dell'atto di accettazione della carica sono sempre attuali le considerazioni di Caselli, *Costituzione del rapporto*, in Aa.Vv., *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e

esse escluso; non dalla società, che non potrebbe limitarne i compiti ed i poteri aventi fonte nella stessa legge, non dal consiglio di amministrazione o dall'assemblea, che all'atto dell'investitura non potrebbero escluderne alcuni, non dal neo presidente, che non potrebbe assumere una carica parziale[9].

La non negoziabilità dei compiti e dei poteri nascenti dalla funzione non esclude, però, la possibilità che questi possano essere diversamente declinati dall'autonomia privata, che potrebbe in parte rimodularli, ad esempio attribuendo un concorrente potere di iniziativa anche ad altri componenti del medesimo organo consiliare. L'individuazione degli spazi accordati all'autonomia privata è complessa, variando in funzione del tipo e della dimensione della società e della contrattazione delle sue partecipazioni nelle varie sedi di negoziazione[10]. Qui ci si limita ad osservare che in ogni caso, la fonte dei compiti e dei poteri nascenti dalla carica è pur sempre la legge, anche laddove questa lasci spazio a delle diverse scelte statutarie[11].

Le diverse opzioni statutarie non vanno negoziate con il presidente del consiglio di amministrazione nemmeno nel caso in cui intervengano nel corso del mandato e ne comprimano il ruolo (si pensi alla soppressione della clausola che in caso di votazione dal risultato paritario dà prevalenza al voto espresso dal presidente o all'introduzione di un clausola che consenta anche ad altri consiglieri di pretendere la convocazione del consiglio di amministrazione)[12]. L'estraneità di un suo qualsiasi assenso deriva, a maggior ragione, dal fatto che il consiglio di amministrazione o l'assemblea, a seconda dei casi, potrebbero sempre liberamente rimuoverlo dalla funzione; circostanza che induce ad escludere la necessità di un suo consenso per

Portale, vol. 4, Torino, 1991, p. 3. Più recentemente, Divizia, *Il principio di continuità di funzionamento degli organi delle società di capitali*, Milano, 2011, p. 40.

9 Il postulato non è compromesso dall'inciso che nel primo comma dell'art. 2381 c.c. fa salva la diversa previsione statutaria. Lo statuto non potrebbe infatti sopprimere le funzioni previste dalla legge, ma solo prevedere una legittimazione concorrente o sostitutiva degli altri consiglieri di amministrazione. Sul punto si vedano sin d'ora Meruzzi, *op. cit.*, p. 3389; Zanardo, *Delega di funzioni e diligenza degli amministratori nella società per azioni*, Padova, 2010, p. 75.

10 In ordine all'incidenza dei suddetti fattori sulla disciplina della società per azioni ci si permette di rinviare a Bianca, Serafin, *Commento* sub *art. 2325*-bis, in Aa.Vv., *Codice Civile commentato*, a cura di Franzoni e Rolli, Torino, 2018, p. 3217.

11 Nella prassi è peraltro abbastanza comune la disciplina delle modalità di esercizio dei poteri presidenziali tramite un apposito regolamento adottato dal medesimo organo consiliare: Ventoruzzo, *Commento* sub *art. 2388*, in Aa.Vv., *Commentario alla riforma delle società. Amministratori*, a cura di Ghezzi, Milano, 2005, p. 299. Il tema è più recentemente ripreso da Barachini, *Tutela delle minoranze e funzione gestoria*, in *Giur. comm.*, 2018, I, p. 576.

12 Sul punto, *ex multis*: Barachini, *Commento* sub *art. 2381*, cit., p. 1191; Strampelli, *Commento* sub *art. 2388*, in Aa.Vv., *Il nuovo diritto societario*, a cura di Abbadessa e Portale, t. 2, cit., p. 1296.

Ricerche giuridiche e-ISSN 2281-6100
7, 1, 2018, 7-20

la rimodulazione dei compiti e dei poteri derivanti da quella stessa funzione della quale potrebbe sempre essere interamente privato. È chiaro però che, laddove la modifica statutaria lo privasse delle funzioni insopprimibilmente attribuitegli dalla legge, la deliberazione assembleare sarebbe passibile di impugnazione[13].

3 I compiti del presidente del consiglio di amministrazione: il coordinamento dell'organo consiliare

Le funzioni assunte dal presidente con l'accettazione della carica non sono sempre le stesse; esse possono essere diverse da società a società e non solo per la modulazione eventualmente fattane dallo statuto. Variano, infatti, anche in dipendenza di fattori quali il tipo societario, il sistema di *corporate governance*, la dimensione della società, la contrattazione dei suoi titoli in mercati regolamentati o in altre sedi di negoziazione, l'attività esercitata e tanti altri indici stabiliti dallo stesso codice civile, dalle leggi speciali, dalla normativa secondaria o dai codici di *soft law*. Nell'impossibilità di passarli tutti in rassegna, si rammenta che le funzioni sono già molteplici e variabili nel solo Titolo V del Libro V del codice civile.

La circostanza va sottolineata con vigore, anche perché, stante la rubrica dell'art. 2381 c.c., si è talvolta portati a ritenere che questa sia l'unica norma regolante le funzioni del presidente. Ma non è così, visto che queste non si esauriscono nella sola indizione e conduzione delle riunioni consiliari e nella somministrazione delle confacenti informazioni, ma comportano anche il dovere di promuovere e coordinare gli adempimenti che, per previsione di legge, devono di volta in volta precedere, accompagnare o seguire gli stessi lavori consiliari. Insomma, il presidente coordina continuamente il funzionamento dell'intero organo e sarebbe riduttivo pensare alla sola episodica presidenza delle riunioni consiliari.

Tra le tante disposizioni che si aggiungono all'art. 2381 c.c. merita anzitutto ricordare l'art. 2388 c.c., che detta una disciplina minimale delle deliberazioni consiliari, e gli artt. 2391 e 2391-*bis* c.c., che ne implementano la disciplina nel caso in cui gli amministratori abbiano interesse all'esito della proposta di delibera o in presenza di ope-

13 Nel caso di specie la deliberazione assembleare dovrebbe poter essere impugnata oltre che dall'organo consiliare, dallo stesso presidente in carica, aderendo alla tesi che legittima i singoli amministratori all'impugnazione delle deliberazioni annullabili direttamente lesive dei loro interessi. Sul punto, ancorché non con specifico riferimento a questa ipotesi, Patriarca, *Commento* sub *art. 2377*, in Aa.Vv., *La società per azioni*, diretto da Abbadessa e Portale, Milano, 2016, p. 1048. È peraltro da chiedersi se siffatta legittimazione *uti singuli* verrebbe meno, con effetti estintivi del giudizio di impugnazione, nel caso di revoca delle funzioni presidenziali.

razioni con parti correlate[14]. È infatti evidente che in entrambi i casi il presidente, cui spetta la convocazione e la conduzione dei lavori del consiglio di amministrazione, dovrà dare atto del ricorrere delle situazioni descritte dalle due norme e promuovere l'osservanza delle corrispondenti regole[15]. Merita incidentalmente osservare che è più facile che se ne avveda nel secondo caso, visto che la nozione di parte correlata è tale da non potergli sfuggire in occasione dell'istruttoria dell'operazione posta in discussione; nella prima ipotesi, invece, la conoscenza del particolare interesse di cui sia latore un altro componente del consiglio di amministrazione, che sfugga al diligente dovere di informarsi gravante su tutti gli amministratori[16], potrebbe dipendere proprio dalla stessa comunicazione fattane da quest'ultimo[17]. L'applicabilità dell'art. 2391-*bis* c.c. alle sole società a capitale diffuso[18] testimonia quanto il ventaglio delle funzioni ancillari spettanti al presidente del consiglio di amministrazione possa variare in ragione di fattori quali la dimensione della società o lo scambio delle sue partecipazioni presso le sedi di negoziazione. È il caso di aggiungere che potrebbe analogamente variare in ragione dell'appartenenza ad un gruppo, visto che l'art. 2497-*ter* c.c. impone, in caso di decisioni influenzate dal ricorrere di un'attività di direzione e coordinamento, una rafforzata motivazione della delibera consiliare[19].

14 Sono noti gli adempimenti procedurali richiesti, anche dalla normativa secondaria Consob, in presenza di operazioni con parti correlate e gli specifici compiti assegnati agli amministratori indipendenti. Si rinvia all'attento esame fattone da Cugnasco, *Le operazioni con parti correlate*, Milano, 2017, p. 38.

15 Giova incidentalmente ricordare che secondo la prevalente dottrina le regole dettate dall'art. 2391 c.c. sarebbero applicabili anche alle deliberazioni del comitato esecutivo. Sul punto si vedano: Meruzzi, *I flussi informativi endosocietari nella società per azioni*, Padova, 2012, p. 104; Ventoruzzo, *Commento* sub *art. 2391*, in Aa.Vv., *Commentario alla riforma delle società. Amministratori*, a cura di Ghezzi, Milano, 2005, p. 423.

16 Il rapporto tra il generale dovere di agire informati e lo specifico dovere di manifestare l'interesse indicato dalla norma è ben evidenziato da Mozzarelli, *Commento* sub *art. 2391*, in Aa.Vv., *La società per azioni*, diretto da Abbadessa e Portale, Milano, 2016, p. 1340.

17 Sulle differenze e le analogie correnti tra gli artt. 2391 e 2391-*bis* c.c. si veda Michieli, *La gestione del conflitto di interessi nelle operazioni con parti correlate*, Milano, 2016, p. 57.

18 Per eventuali approfondimenti si consultino, tra i contributi più recenti: Miola, *Le operazioni con parti correlate*, in *Amministrazione e controllo nel diritto delle società, Liber amicorum Piras*, Torino, 2010, p. 65; Presti, *Commento* sub *art. 2391*-bis, in Aa.Vv., *La società per azioni*, diretto da Abbadessa e Portale, Milano, 2016, p. 1355; Milic, *Commento* sub *art. 2391*-bis, in Aa.Vv., *Codice Civile commentato*, a cura di Franzoni e Rolli, Torino, 2018, p. 3440.

19 È pacifico che tra le "decisioni" in questione rientrino anche quelle assunte dal consiglio di amministrazione. Sul punto Pennisi, *Commento* sub *art. 2497*-ter, in Aa.Vv., *La società per azioni*, diretto da Abbadessa e Portale, Milano, 2016, p. 3067.

Un altro insieme di norme meritevole di menzione comprende quelle che richiedono la formazione di specifici documenti societari destinati ad essere poi discussi e votati in sede consiliare. Si pensi, ad esempio, alla predisposizione della bozza di bilancio, che il consiglio di amministrazione è chiamato ad approvare prima della trasmissione all'organo di controllo ed al revisore legale a norma dell'art. 2429 c.c., alle situazioni patrimoniali previste dall'art. 2446 c.c. o alla redazione del progetto di fusione o di scissione destinati al consiglio di amministrazione. Ancorché i suddetti compiti non siano espressamente assegnati al presidente, non può trascurarsi di considerare che si tratta di materie non passibili di delega e, quindi, di sicura competenza del consiglio di amministrazione[20]. La competenza consiliare li distingue dall'altra documentazione, si pensi ad esempio alle relazioni periodiche che gli organi delegati devono predisporre ed indirizzare al consiglio ai sensi dell'art. 2381 c.c. I documenti societari qui in discussione appartengono all'intero consiglio di amministrazione e tutti i consiglieri hanno, quindi, il diritto e il dovere di contribuire alla loro redazione: di conseguenza, è logico assumere che spetti al presidente il compito di coordinarne e dirigerne la formazione in vista della successiva discussione e votazione in sede consiliare[21].

Vi sono, infine, una serie di funzioni più latenti, derivanti dal fatto che il presidente del consiglio di amministrazione è, in fondo, il presidente dell'intera società ed è come tale chiamato a coordinare i rapporti tra tutti gli organi sociali[22]. Così, ad esempio, sarà suo dovere verificare, nel caso del consiglio di amministrazione, o ricevere segnalazione, nel caso del collegio sindacale, di tutti i fatti che comportino la decadenza o la cessazione di uno o più loro componenti dalle cariche sociali; sarà inoltre suo il compito di promuovere l'adozione dei diversi procedimenti previsti per la loro sostituzione.

---

20 Sul punto, *ex multis*, Vicari, *Commento* sub *art. 2501*-ter, in Aa.Vv., *La società per azioni*, diretto da Abbadessa e Portale, Milano, 2016, p. 3296.

21 Resta ovviamente fermo il fatto che gli amministratori rimasti estranei al processo di formazione di questi documenti avranno comunque il dovere di informarsi sul loro contenuto allorché il consiglio di amministrazione sarà convocato per approvarli e che sarà compito del presidente fornire loro tutte le maggiori informazioni necessarie all'adeguata valutazione del documento. In merito al bilancio, si è giustamente osservato che, ancorché oggetto di deliberazione consiliare, in presenza di una gestione delegata questo fornisce la rappresentazione di un'attività per lo più altrui, circostanza che induce ad escludere che la sola approvazione della bozza di bilancio comporti l'attribuzione dell'attività lì descritta a tutti gli amministratori: Barachini, *La gestione delegata nelle società per azioni*, cit., p. 119.

22 In merito a questa superiore funzione di coordinamento si veda Meruzzi, *Commento* sub *art. 2381*, cit., p. 3389.

Ricerche giuridiche e-ISSN 2281-6100
7, 1, 2018, 7-20

4 Doveri a contenuto generico e doveri a contenuto specifico

Le funzioni conferite al presidente del consiglio di amministrazione dalla legge ed, eventualmente, dallo statuto, contribuiscono ad individuarne i doveri a contenuto specifico che giustificano la presente trattazione. Si tratta di doveri che, secondo una nota bipartizione[23], si distinguono da quelli aventi un contenuto generico, quali, ad esempio, il dovere di non agire in conflitto di interessi e di non svolgere attività concorrenziale, di agire con la diligenza richiesta dalla legge e dalla natura dell'incarico[24], di perseguire l'interesse sociale, di non usare a proprio vantaggio le opportunità di affari apprese in occasione dello svolgimento dell'incarico. I secondi non sono evidentemente meno importanti dei primi, ma, trattandosi di doveri immanenti la stessa funzione amministrativa e gravanti su tutti i consiglieri[25], esulano dall'analisi condotta in questo capitolo.

La bipartizione non esclude, però, un rapporto tra le due proposizioni; spesso, infatti, la violazione di un dovere specifico contribuisce alla antigiuridicità del danno cagionato dall'inosservanza di quello più generale. Ne costituisce un nitido esempio l'art. 2391 c.c., laddove la mancata comunicazione dell'interesse di cui sia latore l'amministratore o la mancata motivazione della deliberazione consiliare danno luogo a soli rimedi reali; i rimedi obbligatori saranno applicabili solo se l'operazione si riveli anche concretamente dannosa[26]. La violazione del dovere specifico contribuisce, però, a dare corpo alla violazione degli anzidetti doveri generali, costituendone una sorta di figura sintomatica; così, tornando, all'esempio testé fatto, la mancata comunicazione dell'interesse può bastare ad integrare la colpa necessaria alla configurazione della responsabilità per i danni cagio-

23 Già tratteggiata da Bonelli, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1985, p. 162.

24 È controverso se il dovere di agire con siffatta diligenza costituisca un obbligo a sé stante o un più generale criterio di valutazione dell'adempimento di tutti i doveri gravanti sugli amministratori. Sul punto si veda, anche per un'attenta ricostruzione del dibattito e delle tesi proposte in dottrina, Zanardo, *op. cit.*, p. 161.

25 È bene ricordare che la persistenza di questi doveri generali non è negoziabile, né differenziabile in ragione del fatto che taluni consiglieri di amministrazione siano direttamente designati da alcuni soci, dai possessori di strumenti finanziari o dai dipendenti della società o nominati dai soci di minoranza. Sul punto si veda Valzer, *Commento* sub *art. 2346, sesto comma*, in Aa.Vv., *La società per azioni*, diretto da Abbadessa e Portale, Milano, 2016, p. 486.

26 Si vedano Angelici, *Interesse sociale e* Business Judgement Rule, in Aa.Vv., *Responsabilità degli amministratori di società e ruolo del giudice*, Milano, 2014, p. 1; Mozzarelli, *Commento* sub *art. 2391*, cit., p. 1340; Milic, *Commento* sub *art. 2391*, in Aa.Vv., *Codice Civile commentato*, a cura di Franzoni e Rolli, Torino, 2018, p. 3435.

nati dall'operazione[27]. Giova infine ricordare che la violazione della specifica regola di condotta – si pensi a quella che impone la comunicazione dell'interesse che l'amministratore avrebbe all'esito della votazione – è reputata sufficiente per la sostanziale disapplicazione della *business judgement rule*[28]. Questa continua, invece, a trovare albergo nel caso di violazioni di doveri a contenuto generico, come quello di perseguire l'interesse della società che, se tradottosi nell'adozione di una ponderata e ragionevole scelta gestionale, è sottratto al sindacato giudiziale[29].

5 Doveri di natura organizzativa e doveri di natura informativa

Merita brevemente ricordare che i tipici doveri derivanti per legge dalla carica hanno perlopiù natura organizzativa. Infatti, come recita l'art. 2381, co. 1, c.c. al presidente spetta il potere di convocare il consiglio di amministrazione, di fissarne l'ordine del giorno e di coordinarne i lavori. È più eterogenea, invece la natura del dovere di verifica dell'adeguatezza delle informazioni fornite ai consiglieri sulle materie iscritte all'ordine del giorno, che aggiunge alla natura organizzativa una funzione informativa e di controllo[30]. La verifica dell'adeguatezza delle informazioni non implica l'obbligo di fornirle direttamente, adempimento che non potrebbe essere assolto dal presidente nel caso di informative di carattere squisitamente tecnico o scientifico; il suo compito è quello di organizzare di volta in volta l'elaborazione, la raccolta e la tempestiva trasmissione a ciascun consigliere di ogni documento utile all'adeguata valutazione della proposta di delibera sottoposta al consiglio di amministrazione[31]. Ferma re-

27 La responsabilità dell'amministratore che abbia omesso di comunicare l'interesse coinvolto nella decisione non esclude quella degli altri amministratori. Si veda, anche per le interessanti indicazioni riguardanti le implicazioni che potrebbero derivarne in termini di dovere di agire informati, MOZZARELLI, *Commento* sub *art. 2391*, cit., p. 1353.

28 Sul punto si veda, anche per i più ampi riferimenti, BRIOLINI, *Commento* sub *art. 2392*, in AA.VV., *La società per azioni*, diretto da Abbadessa e Portale, cit., p. 1390.

29 Così Cass. 31 agosto 2016, n. 17441, in *Giur. comm.*, 2017, II, p. 582 ss., con nota di PIAZZA, *Gli amministratori di società di capitali privi di deleghe non sono tenuti al generale obbligo di vigilanza*.

30 Così, rispettivamente, MERUZZI, *op. ult. cit.*, p. 3189; BARACHINI, *Commento* sub *art. 2381*, cit., p. 1186.

31 Sul punto MERUZZI, *I flussi informativi endosocietari nella società per azioni*, cit., p. 172, con ampi riferimenti al Codice di autodisciplina delle società quotate allora vigente. Nell'attuale versione (Luglio 2018), l'art. 1, co. 5, stabilisce che «*il presidente del consiglio di amministrazione si adopera affinché la documentazione relativa agli argomenti all'ordine del giorno sia portata a conoscenza degli amministratori e dei sindaci con congruo anticipo rispetto alla riunione consiliare*».

stando la natura riflessiva del dovere di informazione sancita dall'art. 2381 ult. co. c.c., i compiti del presidente saranno, però, anche altri.

Anzitutto, quello di soddisfare le legittime richieste di maggiori informazioni *medio tempore* avanzate da qualche consigliere[32], assicurandosi, però, che queste siano contestualmente trasmesse anche a tutti gli altri componenti del consiglio di amministrazione.

Poi, quello di verificare che tutti i consiglieri presenti si dichiarino informati sulle materie all'ordine del giorno – circostanza di cui sarebbe bene dare atto a verbale – fornendo loro ogni ulteriore informazione che sia ragionevolmente richiesta ai fini della prosecuzione della discussione e del voto[33]; è bene sottolineare che laddove queste ulteriori informazioni fossero complesse o cospicue, sarà compito del presidente valutare l'opportunità di un aggiornamento dei lavori consiliari[34].

Come si è giustamente osservato, siffatte prerogative sono comunque strettamente collegate a tutte le altre disposizioni presenti nel medesimo articolo, riguardando tanto l'organizzazione dell'intero consiglio di amministrazione, quanto i rapporti tra gli organi delegati[35]. Per tale ragione, sarà compito del presidente verificare la puntuale ed adeguata circolazione dei flussi informativi interorganici, intervenendo presso i soggetti ed i comitati affinché questi inoltrino tempestivamente tutti i dati e le notizie concernenti la gestione dell'impresa.

6 Le responsabilità nascenti dai doveri informativi: informazioni fuorvianti o selettive

Delineate le specifiche funzioni spettanti al presidente del consiglio di amministrazione, è possibile tornare sul quesito iniziale per chiedersi se e quando queste possano comportare il sorgere di una sua responsabilità che si distingua dalla responsabilità solidale gravante su tutti gli amministratori.

32 In merito ai poteri di iniziativa direttamente esercitabili dai singoli consiglieri allo scopo di reperire maggiori informazioni, si veda Regoli, *Poteri di amministrazione e controllo degli amministratori non esecutivi*, in Aa.Vv., *Società, Banche e Crisi di impresa, liber amicorum Pietro Abbadessa*, Milano, 2014, p. 1121.

33 Il presidente potrebbe anche disporre la partecipazione ai lavori consiliari dei dirigenti e dei tecnici capaci di fornire in tempo reale chiarimenti in merito alle informazioni già fornite o un supplemento di informazione. Si veda nuovamente il Codice di autodisciplina delle società quotate (luglio 2018).

34 Sul punto Sanfilippo, *Il presidente del consiglio di amministrazione nelle società per azioni*, op. cit., p. 472.

35 Così Barachini, *op. ult. cit.*, p. 1185. Anche in questo caso si vedano gli ampi riferimenti ricavabili dal Codice di autodisciplina delle società quotate (Luglio 2018).

In sostanziale assenza di un'adeguata casistica giurisprudenziale, l'ipotesi più plausibile è, comunque, che questa possa derivare dalla violazione degli specifici doveri informativi delineati dall'art. 2381 c.c.[36].

Occupandocisi in questa sede dei profili di responsabilità civile generanti un'obbligazione risarcitoria, è chiaro che la violazione potrebbe essere tanto colposa, quanto dolosa, con la differenza che in quest'ultimo caso questa potrebbe escludere una concorrente responsabilità degli altri amministratori. Riservandosi di tornare appresso su tale distinzione, l'esempio potrebbe essere quello della (dolosa o colposa) somministrazione di informazioni parziali o inesatte che inducano il consiglio di amministrazione ad assumere una delibera dannosa per la società.

Vi è una responsabilità del presidente? Se è così, questa esclude la concorrente responsabilità di tutti gli altri amministratori?

La risposta a tali quesiti richiede alcune considerazioni preliminari.

È anzitutto evidente che il dovere di fornire adeguate informazioni ai consiglieri impone al presidente di valutarne, prima dell'inoltro, la completezza e la veridicità, indagine che non può arrestarsi sulla sola soglia della esistenza del dato ma che ne impone un puntuale riscontro; nel caso in cui lo stesso presidente non disponesse della confacente competenza, questi avrebbe, quindi, il dovere di procurarsela avvalendosi dell'adeguato supporto di terzi. Ovviamente, ciò non vuol dire che il presidente debba "garantire" la completezza né, tanto meno, la veridicità dell'informazione fornita ai consiglieri, ma è chiaro che questi dovrà diligentemente adoperarsi affinché sia raggiunto il livello di adeguatezza postulato dalla norma, riscontrandone l'ottenimento.

In secondo luogo, quasi a bilanciare l'obbligazione gravante sul presidente, il dovere di agire informati sancito per tutti i consiglieri dallo stesso art. 2381 c.c. impone loro di non ricevere acriticamente gli elementi istruttori, ma di vagliarli con altrettanta diligenza; le informazioni cui ci riferisce nell'esempio non potrebbero quindi essere (solo) quantitativamente o qualitativamente inadeguate, circostanza che imporrebbe a tutti i consiglieri di chiederne ed ottenerne di ulteriori[37]. Dovrebbe trattarsi, invece, di informazioni che, seppur ad un diligente esame all'apparenza adeguate, non lo sono in concreto, ma gli indici rivelatori di siffatta inadeguatezza si collocano sotto la soglia di ragionevole percepibilità da parte degli amministratori.

Tornando alla distinzione appena sopra tracciata, è plausibile che, laddove il processo di acquisizione, elaborazione e trasmissione si sia sviluppato in guisa da poter pervenire ad una adeguata informazione,

36 Sul punto SANFILIPPO, *op. cit.*, p. 469.

37 Si veda BARACHINI, *op. ult. cit.*, p. 1211.

il mancato raggiungimento dell'obiettivo che sfugga al pur diligente vaglio degli amministratori non sia loro imputabile, ancorché abbia condotto all'adozione di una delibera poi rivelatasi dannosa per la società. La conclusione è supportata dall'ampia applicazione della *business judgement rule* cui ricorre da tempo la nostra giurisprudenza, che impedisce di sindacare l'esito di un processo di valutazione che si sia diligentemente sviluppato[38]. A rigor di logica, dovrebbe pervenirsi alla medesima conclusione anche in rapporto alla condotta del presidente, sempre che questi abbia a propria volta diligentemente raccolto, elaborato e vagliato le informazioni trasmesse agli amministratori. In caso contrario, potrebbe ipotizzarsi una sua responsabilità, finanche esclusiva, a condizione però che il dovere di agire informati gravante su tutti gli amministratori e il confronto in sede consiliare non abbiano interrotto il nesso causale richiesto per l'esclusiva imputazione in capo al presidente del danno cagionato dall'operazione.

La sua responsabilità esclusiva sembra sostenibile, invece, nel caso in cui le informazioni siano dolosamente concepite in guisa da apparire, anche in esito al diligente esame dei destinatari, adeguate alla discussione dell'argomento all'ordine del giorno; soprattutto allorché il dolo sia volto allo specifico obiettivo di pervenire all'approvazione di una proposta di delibera che, altrimenti, non avrebbe ricevuto il necessario consenso[39].

Una seconda, diversa, ipotesi è quella della comunicazione di informazioni adeguate che, però, mettano a repentaglio l'attività di ricerca e sviluppo finalizzate al conseguimento di privative industriali o i segreti commerciali della società.

Il tema, postosi soprattutto in relazione alle società quotate, involge quello del difficile bilanciamento tra la parità di trattamento degli amministratori e la tutela dei dati aziendali.

Può il presidente avvalersi di informazioni selettive, discriminando, ad esempio, tra gli amministratori esecutivi, resi partecipi di tutti i segreti industriali, anche quelli non direttamente concernenti le funzioni a ciascuno affidate, e gli amministratori non esecutivi? Quale che sia la risposta, merita ricordare che la somministrazione di tutte le informazioni, comprese quelle coperte da segreto, non potrebbe essere di per sé foriera di danno, che potrebbe semmai deri-

---

38 Sul punto, *ex multis*: Amatucci, *Adeguatezza degli assetti, responsabilità degli amministratori e* Business Judgement Rule, in *Riv. soc.*, 2016, p. 643; Piscitello, *La responsabilità degli amministratori di società di capitali tra discrezionalità del giudice e* Business Judgement Rule, in *Riv. soc.*, 2012, p. 1167. In giurisprudenza si veda, da ultimo, Cass. 22 giugno 2017, n. 15470, in *Giust. Civ. Mass.*, 2017.

39 Come può intuirsi, l'induzione cui ci si riferisce nel testo fa sì che la condotta in questione possa giocare da discriminante sul piano dell'elemento soggettivo integrante il reato di false comunicazioni sociali previsto dall'art. 2621 c.c. In giurisprudenza si veda Cass. Pen. 8 ottobre 2002, n. 5492, in *Riv. pen.*, 2003, p. 389.

vare solo dall'ulteriore divulgazione illecitamente datane dai singoli consiglieri di amministrazione o dai sindaci[40].

In questa sede non è possibile trattenersi più a lungo sulla questione. Si possono però fornire alcune coordinate, cui ricorrere in rapporto alle varie possibili fattispecie.

È in primo luogo evidente che la possibilità di informazioni selettive discende dalla soluzione della nota questione inerente alla (supposta) parità di trattamento dei consiglieri di amministrazione[41].

In secondo luogo, è chiaro che la divulgazione a tutti i consiglieri di dati segretati non avrebbe di per sé conseguenze sulle privative industriali, trattandosi della circolazione di informazioni tra organi dello stesso soggetto che ne è titolare.

Infine, dato per scontato che, anche a prescindere dalla stipula di un apposito patto, gli amministratori dovrebbero mantenere – come i sindaci – la riservatezza sull'informazione ricevuta, non può escludersi a priori la colpa del presidente che, nel diffondere l'informazione poi divulgata al di fuori della società, non abbia reso edotti i consiglieri della sua particolare segretezza.

7 La rafforzata possibilità di conoscenza dei fatti pregiudizievoli e il dovere di attivarsi per ridurne le conseguenze

L'adeguatezza dei flussi informativi potrebbe anche offrire un ulteriore banco di prova dei possibili profili di specifica responsabilità gravante sul presidente del consiglio di amministrazione.

In questa sede se ne vuole proporre una lettura per così dire "rovesciata", ispirata, stavolta, dalle disposizioni che nell'art. 2392 c.c. adattano il regime della responsabilità alla delega di funzioni.

Com'è noto, questo, dopo aver introdotto nel secondo comma un limite all'applicazione della responsabilità solidale in relazione ai danni prodottisi nell'ambito delle funzioni delegate al comitato esecutivo o concretamente attribuite a uno o più amministratori, stabilisce al terzo comma che, ferma restando la regolazione dei flussi tra organo delegante e delegato, la responsabilità solidale è ristabilita per chi, avendo conoscenza di fatti pregiudizievoli, non abbia fatto quanto possibile per impedirne il compimento o eliminarne o ridurne le conseguenze.

---

40 È bene ricordare che ai sensi dell'art. 46 d.lgs. n. 30/2005 la novità è uno dei requisiti essenziali e che l'art. 47 d.lgs. n. 20/2005 disciplina gli effetti della pre-divulgazione dell'invenzione industriale. Quanto ai segreti commerciali, l'art. 98 del medesimo d.lgs. n. 30/2005, nel testo modificato dal d.lgs. n. 68/2018, definisce tali le informazioni che siano segrete e sottoposte a misure ragionevolmente adeguate a mantenerle tali.

41 Sul punto Meruzzi, *Commento* sub *art. 2381*, cit., p. 3395.

Ricerche giuridiche e-ISSN 2281-6100
7, 1, 2018, 7-20

Dato che il *focus* dell'eccezione[42] alla disapplicazione della responsabilità solidale sta nell'inciso riguardante la «*conoscenza del fatto pregiudizievole*», scaturendo da questa il dovere di promuovere le iniziative dappresso indicate, è logico chiedersi se la possibilità di conoscerli sia uguale per tutti gli consiglieri o se possa essere per taluni maggiore che per altri.

Le considerazioni svolte nei precedenti paragrafi portano ad ipotizzare che la soglia di percepibilità di tali «fatti pregiudizievoli» sia, per il presidente, più elevata che per altri o, per lo meno, più elevata che per tutti gli altri amministratori non esecutivi[43].

L'ipotesi è suffragata dalla sua già ricordata funzione di collettore e trasmettitore di tutti i flussi informativi interorganici, che gli consente e gli impone di conoscere prima e meglio dei restanti consiglieri l'attività di gestione degli organi delegati.

Ne consegue che per il presidente sarà sempre difficile invocare la mancata conoscenza del fatto dannoso cui altri potranno, invece, più facilmente appellarsi[44].

42 Il rapporto tra regola ed eccezione è ben tratteggiato da Briolini, *op. cit.*, p. 1393.

43 Sembra esprimersi in questi termini anche Briolini, *loc. ult. cit*.

44 L'ipotesi sembrerebbe confermata anche dalla natura dello specifico incarico assunto dal presidente: cfr. Zanardo, *op. cit.*, p. 11.

Ricerche giuridiche e-ISSN 2281-6100
7, 1, 2018, 7-20

e-ISSN 2281-6100

Ricerche giuridiche
Vol. 7 - Num. 1– Giugno 2018

La Brexit nei rapporti tra banca e clientela: garanzia del mercato e tutela dell'investitore

Andrea Miglionico
Lecturer in Banking and Financial Law nell'Università di Reading, Regno Unito

Abstract This article examines the regulatory framework of banking and financial services after Brexit and discusses the potential scenarios in case of "no-deal" between the European Union and the United Kingdom. It provides an analysis of the implications of Brexit in the bank-customer relationship and investor protection: the risk of losing the EU passport regime represents the main issue for the mutual recognition among credit institutions. In this context, it is observed that the MiFID II directive and the principle of equivalence are suitable options to avoid practices of regulatory arbitrage and inconsistency in the implementation of regulatory actions. However, the complex negotiation of Brexit agreement determines a grey area for the governance of UK-EU financial services. This can leave room for discretion of supervisory authorities and can exacerbate the problems of different regulations.

Keywords Brexit. Mutual recognition. MiFID. Principle of equivalence. EU passport regime. Regulatory arbitrage.

Edizioni
Ca'Foscari

Open access

Citation Miglionico, Andrea (2018). "La Brexit nei rapporti tra banca e clientela: garanzia del mercato e tutela dell'investitore". *Ricerche giuridiche*, 7(1), 21-32.

DOI 10.30687/Rg/2281-6100/2018/01/002

1 Considerazioni introduttive: gli effetti della Brexit sugli intermediari creditizi

La grave crisi che negli ultimi anni ha colpito il settore bancario ha avuto come inevitabile conseguenza una accentuazione del clima di insicurezza nei rapporti tra intermediari finanziari e clientela[1]. Per quanto concerne, in particolare, la realtà dell'ordinamento inglese, il recente esito del referendum sulla *Brexit*[2] mette in evidenza le difficoltà di un ripensamento dei rapporti tra banca e investitore e induce all'analisi dei cambiamenti che stanno innovando profondamente le forme disciplinari all'interno dell'Unione europea.

In tale contesto, il c.d. *need of protection* – che, nei contratti d'investimento, caratterizza la posizione della controparte negoziale dell'intermediario – è avvertito come esigenza di porre rimedio alle carenze del processo di armonizzazione degli strumenti operativi e, dunque, per un verso, di far chiarezza sui *fallimenti del mercato*, per altro di contenere gli effetti negativi di pericolosi arbitraggi regolamentari conseguenti alla definitiva uscita del Regno Unito dall'UE. Ciò lascia intravedere una frammentazione delle pratiche di vigilanza dei regolatori con inevitabili squilibri nella capacità di intervento delle *authorities* di supervisione. Da qui la riconosciuta complessità di procedere ad una ridefinizione dell'attuale sistema ordinatorio, vuoi attraverso una tempestiva ed ordinata regolazione delle relazioni finanziarie, vuoi mediante la prevenzione dei rischi sistemici che recano profonde turbative all'equilibrato svolgimento dell'attività bancaria.

Pertanto, la valutazione dei rapporti tra l'ordinamento inglese e l'Eurozona diviene momento centrale di un'azione disciplinare che si propone di ridurre le carenze che possono derivare dalla mancata attuazione di riforme condivise. È evidente come le *incertezze* dei negoziati sulla *Brexit* rendano pressante la necessità di perseguire con tempestività il soddisfacimento del bisogno di garanzia del mercato (la cui realizzazione dovrà ovviamente essere raccordata all'adozione di linee comportamentali di maggiore coesione ed unitarietà)[3].

Il ricorso a forme di «mutuo riconoscimento» individua la via all'uopo prescelta, dando vita ad un meccanismo regolamentare condizionato dalla cooperazione degli Stati membri dell'Unione. Sono di

---

1 Si v. il recente contenzioso in *Goldman Sachs International v Novo Banco SA* [2015] EWHC 2371 (Comm) relativo allo stato di insolvenza dell'istituto di credito *Banco Espirito Santo* sottoposto al piano di risoluzione della «bridge bank» *Novo Banco* per la ristrutturazione delle passività in bilancio.

2 Il 23 giugno 2016 i cittadini del Regno Unito si sono pronunciati sull'uscita del proprio paese dall'UE attraverso lo *European Union Referendum Act 2015*.

3 Cfr. Capriglione, *The UK Referendum and Brexit Hypothesis (the Way Out Perspective and the Convenience to 'Remain United')*, University of Oslo Faculty of Law Legal Studies Research Paper Series No. 2016-05, pp. 7-8.

guida nella realizzazione di tale obiettivo le indicazioni in materia formulate in sede comunitaria; più in particolare, vengono in considerazione un'apposita Raccomandazione, emanata dall'Autorità bancaria europea, in ordine al trattamento dei *bondholders* nelle procedure di risoluzione delle crisi bancarie secondo cui «institutions and authorities need to assess their stock and issuance plans for instruments used to meet the minimum requirement for own funds and eligible liabilities (MREL) in the light of Brexit, and in particular their reliance on instruments issued under English law»[4]. Non v'è dubbio che la riferibilità (per la regolazione dei rapporti tra banca e cliente) ad uno schema procedurale di tal genere consente di ricercare nuovi equilibri avendo di mira il conseguimento di più elevati livelli di trasparenza nella valutazione di politiche volte ad una maggiore uniformità delle regole. Per vero, al presente, non sembrano siano stati attivati processi strutturali idonei a determinare valide condizioni di *omogeneizzazione* dei regimi di regolazione delle relazioni bancarie. Ciò risulta chiaro ove si pensi agli eventi della *Brexit* che hanno alimentato il sentimento di *euroscetticismo* per le politiche dell'Eurozona[5].

In siffatto quadro ordinamentale va da sé che il corretto funzionamento dei mercati non può essere valutato senza far riferimento a coloro che nei medesimi operano, soggetti il cui interesse non può essere sacrificato *tout court* dalle modalità applicative di siffatti interventi disciplinari. Si è in presenza di una realtà i cui effetti, nell'incrementare le carenze che hanno caratterizzato la definizione dei meccanismi di controllo, di certo appaiono destinati a rendere ancora più difficile l'operatività degli strumenti di intervento nella nuova regolazione europea[6].

Da sottolineare, inoltre, che il legislatore comunitario – nell'adottare le modifiche normative idonee a migliorare la celerità, la snellezza e la flessibilità delle procedure di riconoscimento degli appartenenti al settore – ha previsto, comunque, la possibilità per la clientela bancaria di fare affidamento ai c.d. «passporting arrangements». Come si dirà più ampiamente nel prosieguo dell'indagine, tale strumento si presta ad un interpretazione che – in vista di una piena fattibilità del programma di modifica delle *policy* operative finora osservate in ambito UE – sovverte le logiche del mercato fino ad oggi raccordate alla tutela dei risparmiatori delle banche.

4 Si v. Opinion of the European Banking Authority on issues related to the departure of the United Kingdom from the European Union (EBA/OP/2017/12), Part IV Resolution and deposit guarantee schemes, 12 October 2017, p. 16.

5 Cfr. Masera, *Le radici della BREXIT: per una rivisitazione critica della conventional wisdom sulla relazione tra il Regno Unito e l'Europa*, in http://dirittobancario.it, settembre 2016, p. 1.

6 Cfr. Capriglione, *Incidenza della Brexit sui rapporti bancari e finanziari*, in https://federalismi.it, 2017, 16, p. 10.

2 Gli orientamenti normativi della regolazione inglese sulla circolazione dei servizi finanziari

Alla luce delle considerazioni dianzi esposte, devono qui essere analizzati i meccanismi posti in essere a tutela dei principi di trasparenza e correttezza nelle transazioni finanziarie. A ben considerare, al presente, non sembra siano state superate le difficoltà riconducibili al diverso trattamento degli intermediari di un paese terzo che intendono operare sui mercati dell'UE. Emerge, dunque, una realtà nella quale è compito dei regolatori procedere ad una attenta opera di conciliazione tra le diverse legislazioni al fine di costituire un utile presidio dei rischi legali e reputazionali a beneficio della stabilità degli intermediari e del sistema bancario nel suo complesso.

Consegue l'opportunità di introdurre appositi schemi relazionali che consentano forme di cooperazione maggiormente progredite rispetto a quelle oggi riscontrabili; nelle quali, cioè, il coordinamento tra gli interessi dei differenti paesi a confronto sia la risultanza di un *comune* guardare verso l'obiettivo di un *agere* di mercato più attento ai processi di rinnovamento. Sul punto appare indicativa la precisazione secondo cui «ipotizzare una realtà giuridico istituzionale caratterizzata da una omogeneizzazione dell'*agere* bancario, governandolo in modalità uniformi… significa perseguire obiettivi di convergenza che, evitando le diversità, promuovano innovativi schemi di condivisione e, dunque, consentano la realizzazione di condizioni volte alla stabilità ed al progresso»[7]. Siffatta considerazione, al presente, sembra non trovi pieno riscontro ove riferita al contesto ordinamentale della Gran Bretagna nel quale si è proceduto ad un vasto processo di riforme della regolamentazione finanziaria, che è stato avviato, talvolta, senza l'opportuno raccordo operativo con l'Unione europea. Ciò posto, va considerato che nella ridefinizione del quadro delle regole non si può prescindere da strategie comuni sulle modalità e sui termini del cambiamento.

Non v'è dubbio che la regolamentazione di settore – nell'adeguare la disciplina bancaria alla *Brexit* – dovrà costituire un sistema di tutele improntato a criteri di integrità comportamentale degli intermediari. Da qui l'ulteriore prospettiva di un complesso cambiamento del quadro della supervisione bancaria che, nell'intento di superare le difficoltà applicative rivenienti dallo spostamento della sede dell'EBA – attualmente operante nella 'City' –, dovrà attuare un ripensamento del riparto di competenze tra gli organismi che compongono il SEVIF. Sotto altro profilo, la *Brexit* sembra avvalorare le indicazioni formulate da un'attenta dottrina secondo cui l'atteggiamento

7 Cfr. Capriglione, *Mercato Regole Democrazia. L'UEM tra euroscetticismo e identità nazionali*, Torino, 2013, p. 73.

del Regno Unito manifesta «una sorta di *distacco* nei confronti della restante parte del continente o, più, esattamente, l'intento di non volersi far coinvolgere appieno nelle vicende di un'Europa la cui realtà è, forse, avvertita come estranea, eccessivamente lontana da quella domestica, considerata prioritaria ad ogni effetto»[8].

Il quadro normativo che si presenta appare in forte evoluzione, per cui a livello generale sembra trovi affermazione un giustificato scetticismo sulle capacità del modello anglosassone di attuare forme di salvaguardia disciplinari conformi agli orientamenti comunitari. Da qui una prima conclusione in ordine alla permanente necessità di predisporre una appropriata regolazione che assicuri assetti operativi orientati alla trasparenza del mercato, superando i limiti di una tutela della fiducia degli operatori ancora poco soddisfacente.

3 La problematica del mutuo riconoscimento e la MiFID

Volendo esaminare il processo di modifica del complesso regolamentare in materia bancaria, va in primo luogo fatto presente che, all'indomani del referendum sulla *Brexit* sono emersi i limiti delle forme di collaborazione esistenti tra le diverse autorità di vigilanza. In tale contesto, si è evidenziata l'insufficienza delle misure poste a presidio degli operatori del mercato; sicchè vengono in considerazione, da un lato, la mancanza di meccanismi procedurali volti alla tutela della fiducia degli investitori, dall'altro la necessità di potenziare gli organismi preordinati a garantire la protezione dell'*agere* finanziario. Non ci si può esimere dall'osservare, tuttavia, che dette modifiche normative non hanno contrastato a sufficienza l'incapacità dei regolatori di ridurre i maggiori costi associati al ricollocamento delle banche in altre sedi europee; di tal che, questi ultimi per solito sono ricaduti sull'ordinario svolgimento dei servizi forniti alla clientela (i quali hanno subito spesso un ingiustificato ricarico, finalizzato ad un recupero delle spese sostenute dagli intermediari)[9]. Ciò posto, si comprende la ragione per cui il bisogno di un rafforzamento dei canoni di correttezza e trasparenza delle operazioni di credito è alla

8 Cfr. Capriglione, Sacco Ginevri, *Politica e Finanza nell'Unione Europea. Le ragioni di un difficile incontro*, Padova, 2015, p. 216.

9 Si pensi inoltre all'incidenza della *Brexit* sulle attività di business non più regolate attraverso il passaporto unico sui servizi finanziari. Difatti, la revoca del passaporto unico comporterebbe l'equiparazione degli intermediari finanziari britannici a quelli degli Stati terzi, sottoponendoli alla osservanza del c.d. criterio di equivalenza nella prestazione di servizi. Sul punto Correia da Silva, *Leaving the EU: Impact on Bank Customers*, in *Oxford Law Blog Series*, 7 April 2017, p. 3, disponibile `https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2017/04/brexit-negotiations-series-leaving-eu-impact-bank-customers`.

base della ricerca di un consolidamento dei meccanismi di supervisione: quest'ultimo, infatti, è divenuto obiettivo fondante nella predisposizione di un nuovo sistema di regole concernenti la definizione dei negoziati sulla circolazione dei servizi bancari[10].

Per vero, la valutazione degli indicati limiti disciplinari mostra difficoltà sostanziali nell'organizzazione di più congrue modalità operative degli appartenenti al settore. Più in particolare, sebbene sia indubbia la significatività delle modifiche regolamentari che dovranno essere definite – e, dunque, del loro essere indicative della direzione disciplinare da assumere –, rilevano talune criticità che ne connotano la configurazione con riguardo agli effetti espletati sul corretto funzionamento del mercato finanziario. In tale contesto ordinatorio, diviene essenziale potenziare le strutture poste a garanzia del cliente-consumatore (ad esempio il *Financial Services Compensation Scheme Limited* nel Regno Unito)[11].

Passando all'analisi dei criteri ordinatori attuati dalle autorità di vigilanza, va detto che la direttiva MiFID II ed il regolamento MiFIR costituiscono la piattaforma normativa di riferimento nella quale trovano sistemazione specifici meccanismi di gestione delle attività di investimento[12]. Nucleo centrale di tale complesso dispositivo è la previsione dello speciale regime sulla classificazione della clientela («client asset rules») e sulla condotta degli intermediari («conduct rules»)[13]. Va, anzitutto, rilevato che la MiFID II – entrata in vigore nel 2018 – si applica anche alle imprese facenti parte di un paese terzo che abbia ottenuto il mutuo riconoscimento e cioè in condizione di operare in osservanza della regolamentazione dell'UE. Come precisato nei *considerando* introduttivi del regolamento MiFIR, è previsto che «l'erogazione di servizi in seno all'Unione da parte di imprese di paesi terzi è soggetta ai regimi e requisiti nazionali. Tali regimi

10 Cfr. Capriglione, Ibrido, *La Brexit tra finanza e politica*, Padova, 2017, pp. 16-17.

11 Il *Financial Services Compensation Scheme Limited* è un organismo societario che fornisce assistenza e tutela alla clientela bancaria nello svolgimento delle operazioni di credito. L'organismo, inoltre, opera nell'ambito delle società autorizzate dalla *Financial Conduct Authority* e *Prudential Regulation Authority* garantendo più congrue modalità di erogazione dei servizi finanziari.

12 La direttiva n. 65 del 2014 e relativo regolamento n. 600 del 2014 (c.d. MiFID II) hanno attuato un'ampia riforma del quadro normativo della MiFID innovando profondamente la disciplina dei mercati finanziari. Il *Financial Services and Markets Act 2000 (Markets in Financial Instruments) Regulations 2017*, il *Financial Services and Markets Act 2000 (Regulated Activities) (Amendment) Order 2017* e il *Data Reporting Services Regulations 2017* hanno recepito la direttiva n. 65 del 2014 nella legislazione inglese, apportando una serie di modifiche all'originario complesso dispositivo della MiFID I. Sul tema si v. Treasury, *Transposition of the Markets in Financial Instruments Directive II: Response to the Consultation*, February 2017, p. 3.

13 Sul punto si v. Financial Conduct Authority, *Markets in Financial Instruments Directive II Implementation – Policy Statement II*, Policy Statement PS17/14, July 2017, pp. 3-4, disponibile su `https://www.fca.org.uk/publication/policy/ps17-14.pdf`.

presentano notevoli differenze e le imprese autorizzate ai sensi degli stessi non beneficiano della libera prestazione dei servizi e del diritto di stabilimento in Stati membri diversi da quelli in cui sono già stabilite»[14]. Inoltre, le disposizioni di cui agli articoli 46, comma 2 e 47 della MiFIR disciplinano la prestazione di servizi senza una succursale di imprese di paesi terzi[15]; sicchè spetta all'ESMA la registrazione delle imprese in parola, mentre è rimessa alla Commissione la decisione sul regime di equivalenza in materia di regole di comportamento e prudenziali. Si è inteso, in tal modo, ridurre i rischi di pratiche normative difformi che potrebbero derivare dal progressivo deterioramento del processo di armonizzazione delle legislazioni.

A ben considerare, la MiFIR attribuisce alle autorità di vertice europee il compito di predisporre idonei presidi di contrasto alle patologie rivenienti da imprevedibili *default* finanziari (ci si riferisce, in particolare, alla insolvenza delle parti negoziali ed all'accumulo dei crediti deteriorati). Si è in presenza di uno schema ordinatorio volto a rafforzare la capacità di intervento delle autorità di settore nella profilatura del cliente e nell'analisi delle esposizioni debitorie. Ed invero, la considerazione che deve guidare l'interprete riguarda l'obiettivo primario dell'intermediario di adoperarsi per ridurre le asimmetrie informative nella circolazione dei prodotti con elevata rischiosità (salvaguardando la trasparenza del prezzo e prevenendo improvvise distorsioni sui mercati)[16].

Nel delineato contesto è bene sottolineare che la *Brexit* comporterà per il Regno Unito la perdita del passaporto unico sui servizi finanziari con inevitabili conseguenze sulla libera circolazione degli intermediari creditizi. Non a caso è stato evidenziato dalla dottrina che «if the UK became a member of the EEA it would retain the right to assign "passports" to companies, but that would leave the UK having to comply with EU laws with no say in the decision-making process»[17]. Da qui l'anzidetta necessità per i regolatori di prefiguraare forme operative volte ad evitare situazioni di arbitraggi regolamentari; esigenza, cui ovviamente consegue il bisogno di costituire

---

14 Si v. il *considerando* n. 41 del Regolamento UE n. 600 del 2014 sui mercati degli strumenti finanziari e che modifica il Regolamento UE n. 648 del 2012.

15 L'articolo 46, comma 2, lett. b) del regolamento MiFIR prevede che «l'impresa è autorizzata a prestare i servizi o svolgere le attività di investimento che intende fornire nell'Unione nella giurisdizione nella quale ha la sua sede amministrativa ed è sottoposta a una vigilanza e messa in applicazione delle norme efficace, che ne garantisce la piena conformità ai requisiti applicabili nel paese terzo».

16 Cfr. Troiano, *La product governance*, in Aa.Vv., *La MiFID II. Rapporti con la clientela - regole di governance – mercati*, a cura di Troiano e Motroni, Padova, 2016, pp. 223-224.

17 Cfr. Mugarura, *The "EU Brexit" implication on a single banking license and other aspects of financial markets regulation in the UK*, in *International Journal of Law and Management*, 2016, vol. 58, n. 4, p. 477.

moduli di raccordo fra gli ordinamenti per la predisposizione di congrue forme di supervisione bancaria[18]. Se ne deduce che la corretta implementazione della MiFID II dovrà passare attraverso «la separazione della piazza finanziaria londinese dall'UE, con prospettive e conseguenze ancora incerte»[19].

4 Gli interventi a tutela dell'investitore dopo la Brexit

I recenti negoziati sul piano di uscita del Regno Unito dall'UE, orientati alla ricerca di soluzioni ottimali per il conseguimento di effettivi livelli di convergenza normativa, non sono stati ritenuti dai *policy-makers* idonei ad assicurare un adeguato sistema di tutela degli investitori. Come è stato ribadito in sede tecnica, la *Brexit* impone il venir meno di alcuni strumenti di collaborazione previsti dalla normativa europea e comporta un rafforzamento dell'attività svolta nelle sedi di sorveglianza cooperativa bilaterale con le autorità di supervisione inglesi[20]. Tali considerazioni muovono dall'esame delle recenti proposte di riforma avanzate a livello comunitario, le quali mostrano una chiara preferenza per l'attuazione di un percorso *virtuoso* che consenta di superare le difficoltà tuttora presenti nel sistema bancario[21]. Trattasi di misure finalizzate a delineare un proo cesso armonizzato di regole, identificando nella stabilità finanziaria e nella prudente gestione dei controlli la via da percorrere. È questa un'importante indicazione che viene dall'Unione europea per la costituzione di un framework regolamentare in grado di assicurare lo sviluppo di regimi integrati di regolazione degli intermediari operanti nell'Eurozona. Al presente, le vie d'uscita prospettate dai legislatori nazionali sembrano volte ad evitare che la trasmissione delle possibili turbolenze dopo la *Brexit* degeneri sfociando in una mancan-

18 Cfr. Schoenmaker, *Lost Passports: A Guide to the Brexit Fallout for the City of London*, in *Bruegel Blog Post*, 30 June 2016, disponibile su http://bruegel.org/2016/06/lost-passports-a-guide-to-the-brexit-fallout-for-the-city-of-london/.

19 Cfr. Annunziata, *Il recepimento di MiFID II: uno sguardo di insieme tra continuità e discontinuità*, in *Riv. Società*, 2018, n. 4, p. 1124.

20 Cfr. Signorini, *Brexit: possibili riflessi su economia e finanza*, Audizione alle Commissioni Affari esteri e comunitari e Politiche dell'Unione europea, Camera dei Deputati, Roma, 26 aprile 2017.

21 Si v. European Securities and Markets Authority, *Towards a Genuine Single European Financial Market. The Role of Regulation and Supervision*, CIRSF Annual International Conference 2018, Lisbon, 6 June 2018, 2, ove si sottolinea che «supervisory convergence does not mean a one-size fits all approach. It means promoting the consistent and effective implementation and application of the same rules and using sufficiently similar approaches for similar risks».

za di adeguata funzionalità del sistema creditizio[22]. Naturalmente, il positivo riscontro degli input per tal via dati al settore non potrà prescindere dai condizionamenti che gli indicati interventi possono esercitare sugli equilibri necessari alla cooperazione tra *authorities* di vigilanza ed istituzioni di settore.

In tale ambito, può peraltro essere valutata positivamente anche l'opportunità di una possibile coesione delle funzioni di supervisione attraverso un dialogo permanente tra autorità inglesi ed europee; di fondo, emerge l'intento di aver riguardo alle modalità previste dalla regolazione per una appropriata sottoposizione delle banche a stringenti controlli interni[23]. Come si è già avuto modo di sottolineare, in siffatto clima di incertezza normativa, si evidenzia una forte richiesta di interventi finalizzati al conseguimento di più elevati gradi di sicurezza operativa e di una congrua rispondenza tra tutela dei risparmiatori e realtà di mercato[24]. Ed invero, l'ineludibile esigenza di rinvenire adeguati rimedi ai fini sopra richiamati è indicativa di una volontà degli operatori economici di definire tramite soluzioni concrete le modalità di contenimento di possibili fenomeni patologici conseguenti alla mancanza di effettive pratiche di cooperazione. Da ultimo, va osservato che non si rinvengono a livello disciplinare particolari misure finalizzate alla protezione degli intermediari creditizi che operano in modalità *cross-border*. Ciò in quanto le disposizioni comunitarie in materia – nonostante l'emanazione di Raccomandazioni in sede di vigilanza[25] – appaiono inadeguate, omettendo di prevedere un unitario complesso normativo.

È di tutta evidenza, peraltro, che non sempre i processi normativi posti in essere hanno pienamente recepito lo spirito sotteso all'integrazione economica europea, sicchè taluni dubbi permangono in ordine alla corretta implementazione di siffatti regimi disciplinari all'interno dei singoli ordinamenti[26]. Ne consegue che la tenuta delle misure recate dalla legislazione anglosassone va verificata alla luce degli interventi proposti dall'Unione europea[27]. Di fondo permane il con-

---

22 Così Moloney, *EU Financial Governance after Brexit: The Rise of Technocracy and the Absorption of the UK's Withdrawal*, in Aa.Vv., *Brexit and Financial Services. Law and Policy*, a cura di Alexander, Barnard, Ferran, Lang e Moloney, Oxford, p. 113.

23 Cfr. Ringe, *The Irrelevance of Brexit for the European Financial Market*, in *European Business Organization Law Review*, 2018, vol. 19, n. 1, p. 1.

24 Cfr. Ferran, *The UK as a Third Country Actor in EU Financial Services Regulation*, in *Journal of Financial Regulation*, 2017, vol. 3, n. 1, p. 40.

25 Si v. Opinion of the European Banking Authority on preparations for the withdrawal of the United Kingdom from the European Union, EBA/Op/2018/05, 25 June 2018.

26 Si v. House of Lords, *UK-EU relations after Brexit*, European Union Committee, 17th Report of Session 2017–19, 8 June 2018, p. 21.

27 Cfr. Armour, *Brexit and Financial Services*, in *Oxford Review of Economic Policy*, 2017, vol. 33, (suppl. 1), p. 54.

vincimento che l'attuazione di un comune framework regolamentare passa anche attraverso il superamento di policy protezionistiche per solito legate alle logiche dei mercati nazionali. A ben considerare, può dirsi che l'istanza all'adozione di «misure» idonee a rendere effettivi i modelli di convergenza regolamentare (coerente con la logica di armonizzazione della normativa di settore), si è tradotta in un'aspettativa di cambiamento (delle tecniche operative degli istituti di credito) incentrata sull'incidenza della *Brexit* nei rapporti finanziari[28].

5 Conclusioni

Alla luce di quanto precede, è opportuno che l'interpretazione dei peculiari contenuti e caratteri delle misure di coordinamento della regolazione bancaria non prescinda dalle indicazioni rivenienti dagli interventi normativi recentemente adottati nella legislazione britannica ed a livello comunitario. In particolare, il riferimento agli strumenti disciplinari introdotti dall'UE sulle procedure di risoluzione delle crisi, consente all'analisi di evidenziare l'efficacia degli interventi a sostegno delle imprese a rilevanza sistemica[29]. Per vero, la dimostrazione della coerenza sistemica degli assetti operativi che si intendono adottare dovrà fondarsi sulla valutazione della concreta capacità delle misure interventistiche in parola. Ciò implica la necessità di aver riguardo, per un verso, alle conseguenze di carattere generale dei rimedi per tal via attivati (i.e. all'equilibrato svolgimento delle operazioni di investimento previa eliminazione delle distorsioni di un *agere* non conforme alle regole), per altro, alla idoneità dei medesimi nel prevenire e contenere i rischi[30]. A ciò aggiungasi l'importanza di definire compiutamente le forme di cooperazione e di collaborazione tra le autorità di supervisione dei singoli Paesi. Queste, infatti, denotano specifica rilevanza al fine della realizzazione di strumenti di intervento in grado di assicurare il *need of protection* dell'investitore; ciò nel senso di evitare che tra i Paesi dell'UE vengano a determinarsi situazioni di sostanziale diversità disciplinare e, dunque, di differenti modalità re-

---

28 Cfr. Reynolds, Donegan, *Brexit—Opportunity for a Reboot of Financial Regulation*, in *Journal of International Banking Law and Regulation*, 2016, vol. 31, n. 12, p. 613.

29 Cfr. Capriglione, *Regolazione europea post-crisi e prospettive di ricerca del diritto dell'economia: il difficile equilibrio tra politica e finanza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, p. 537 ss.

30 Cfr. Ibrido, *L'Unione bancaria europea. Profili costituzionali*, Torino, 2017, pp. 192-193, ove si sottolinea che «qualora Brexit dovesse comportare un minor coinvolgimento della Gran Bretagna anche nel campo della integrazione bancaria, l'unica strada che resta è quella di cogliere quanto meno alcune opportunità rispetto a uno scenario che rimane comunque sconfortante per il futuro del progetto europeo».

attive in vista della tutela degli agenti economici[31]. Ancora una volta
bisognerà guardare con favore alla riconduzione dei molteplici profi-
li normativi ad un unico framework di regolazione, presupposto per il
superamento delle perplessità che, da tempo, caratterizzano una dif-
fusa avversità alle politiche dell'Eurozona[32].

Si è in presenza di una realtà nella quale le condizioni del settore
bancario globale – afflitto dai default dell'ultimo decennio – mostra-
no una situazione di grave disequilibrio, dovuta alle differenti mo-
dalità di intervento dei regolatori nei diversi Stati[33]. Tale situazione
appare correlata non solo alla mancanza di adeguate politiche pru-
denziali, ma anche dall'assenza di una disciplina uniforme a protezi-
one dell'operatività *cross-border*[34]. È ormai generalizzata la consaa
pevolezza che le interconnessioni e la dimensione delle *systemically
important institutions* impongono una più intensa attività di vigilan-
za; al riguardo, appare indispensabile la predisposizione di strat-
egie comuni sulle modalità organizzative finalizzate a contrastare
intemperie e condizioni avverse[35]. Infatti, le prospettive di un allonn
tanamento dai canoni di integrazione ed aggregazione solidaristi-
ca possono incidere significativamente sul rapporto fiduciario deg-
li operatori nei confronti del mercato. È evidente, quindi, il clima di
incertezze che caratterizza la continuità delle relazioni tra il Regno
Unito e l'UE; incertezze aggravate, per quanto concerne il settore
creditizio, dalla difficoltà di interpretare correttamente il processo
di cambiamento imposto dalla *Brexit*[36]. Se ne deduce, in prospettii
va, un ulteriore passo indietro sulla via di un cambiamento istituzio-
nale volto a ridimensionare gli ambiti della sovranità nazionale e, in
riferimento al comparto finanziario, il ruolo delle autorità nazionali.
Di fronte al delineato contesto, sembra ancora lontana la definizione
del progetto di costituzione di una *Capital Market Union* quale mod-
ello di riferimento nel processo d'integrazione economica europea.

---

31 Si v. il documento pubblicato dalla Commissione europea, 'Notice to Stakeholders. Withdrawal of the United Kingdom and EU rules in the field of banking and payment services', Brussels, 8 febbraio 2018, pp. 2-3.

32 Cfr. Capriglione, *Regolazione europea post-crisi e prospettive di ricerca del 'diritto dell'economia': il difficile equilibrio tra politica e finanza*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2016, I, pp. 33-34.

33 Cfr. Shoenmaker, Veron, *Brexit Should Drive Integration of EU Capital Markets*, in *Bruegel Blog Post*, 24 February 2017, disponibile su http://bruegel.org/2017/02/brexit-should-drive-integration-of-eu-capital-markets/.

34 Cfr. Armour, *Brexit to the European Economic Area: What Would It Mean?*, in *Oxford Business Law Blog*, 19 July 2016, disponibile su https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2016/07/brexit-european-economic-area-what-would-it-mean.

35 Cfr. Lannoo, *EU Financial Market Access After Brexit*, in *Intereconomics*, 2016, vol. 51, n. 5, p. 255.

36 Cfr. Moloney, *Brexit, the EU and Its Investment Banker: Rethinking 'Equivalence' for the EU Capital Market*, LSE Law, Society and Economy Working Papers 5/2017, p. 12.

e-ISSN 2281-6100

Ricerche giuridiche
Vol. 7 – Num. 1 – Giugno 2018

La Costituzione nel dialogo intergenerazionale. Un'introduzione

Elena Bindi
Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università di Siena, Italia

Abstract The paper is a re-elaboration of the introductory report carried out from the Author to the seminar for the presentation of the Commentary on the Constitution edited by il Mulino held at the University of Siena. The paper aims to develop the topic of the Constitution and has the following objectives, in particular to analyze the intergenerational character of the Constitutional Charter and its values founding, also through the reference to the thought of Mario Bracci and Piero Calamandrei and the their contribution to the drafting of the Constitution, especially in the part relating to the Constitutional Court.

Keywords Constitution. Constitutional Court. Piero Calamandrei. Mario Bracci.

Citation Bindi, Elena (2018). "La Costituzione nel dialogo intergenerazionale. Un'introduzione". *Ricerche giuridiche*, 7(1), 33-44.

DOI **10.30687/Rg/2281-6100/2018/01/003**

Nell'introdurre questo incontro di riflessione sui settanta anni dall'entrata in vigore della Costituzione italiana, in occasione del quale presentiamo anche il primo commentario che la prestigiosa casa editrice il Mulino ha voluto dedicare alla Carta costituzionale, vorrei innanzitutto ringraziare le autorità qui presenti, che hanno portato i saluti delle istituzioni cui appartengono.

Un ringraziamento particolare al Magnifico Rettore, professore Francesco Frati, per averci ospitato in questa stupenda sala, l'Aula magna dell'Università di Siena e al Direttore del Dipartimento di Studi Aziendali e Giuridici, professore Roberto Di Pietra, che accoglie sempre con slancio le nostre iniziative e ci sostiene nel realizzarle.

Un sentito ringraziamento ai colleghi costituzionalisti, professore Enzo Cheli, vicepresidente emerito della Corte costituzionale, professoressa Marta Cartabia, vicepresidente della Corte costituzionale, ai professori Francesco Clementi e Giulio Vigevani, curatori del commentario del Mulino e alla professoressa Anna Lecis Cocco Ortu. Li ringrazio tutti per aver condiviso con noi l'entusiasmo nella scelta del tema del convegno, sul dialogo intergenerazionale, che ci permetterà di avere testimonianze diverse e diversi punti di vista del lungo cammino dall'entrata in vigore della Costituzione alla sua graduale attuazione nell'arco dei settanta anni.

Un ringraziamento poi ai nostri dottorandi e collaboratori, che rappresentano la più giovane generazione di costituzionalisti, perché senza di loro non saremmo riusciti ad organizzare questo incontro.

Infine, un ringraziamento a tutti i presenti e in particolare ai numerosi studenti. Mi auguro che alcuni di loro diventino parte della generazione di costituzionalisti del futuro. Starà a noi riuscire a suscitare in loro quella passione per lo studio del diritto pubblico e costituzionale, se non altro per avere gli strumenti per vigilare sulle proprie libertà perché come diceva Calamandrei, «la libertà è come l'aria. Ci si accorge di quanto vale quando comincia a mancare, quando si sente quel senso di asfissia che gli uomini della mia generazione hanno sentito per vent'anni e che io auguro a voi giovani di non sentire mai. [...] ricordandovi ogni giorno che sulla libertà bisogna vigilare, vigilare dando il proprio contributo alla vita politica»[1].

Speriamo, con questo nostro incontro, di riuscire a suscitare in loro quella passione che in me suscitò il professore Giovanni Grottanelli de' Santi, mio Maestro, che con le sue lezioni di "Diritto costituzionale" fece nascere in me la certezza che la tesi l'avrei chiesta proprio in diritto costituzionale. Ma non solo: avevo già deciso, fin dal primo anno e dal primo esame, che avrei approfondito un tema di giustizia

1 Calamandrei, *Un discorso ai giovani sulla Costituzione*, discorso pronunciato a Milano il 26 gennaio 1955, ora in Calamandrei, *Lo Stato siamo noi*, a cura di De Luna, Chiarelettere, Milano, 2011, p. 6.

costituzionale, cosa che poi, dopo quattro anni, puntualmente feci.

Mi auguro che questo pomeriggio possa servire, quindi, anche ad avviare alcuni studenti sul percorso di approfondimento del diritto costituzionale.

Per raggiungere questo obiettivo, potrà senz'altro aiutarli la lettura del Commentario del Mulino, che oggi presentiamo: un'opera frutto dell'apporto di più di 100 costituzionalisti (al di sotto dei 50 anni, più o meno), un'opera armoniosa, nonostante il numero elevatissimo di autori, grazie al notevole sforzo di coordinamento dei curatori. Si può senz'altro dire che da questa "folla sterminata" di voci s'innalza comunque la medesima sinfonia e non si odono fatalmente stridenti stonature, e questo è un grande risultato, appunto, dei curatori.

E ciò nonostante i curatori siano stati molto attenti nel lasciare ampia autonomia agli autori. Le poche linee guida per la stesura dei commenti a ciascun articolo consistevano nell'offrire una breve descrizione del testo dell'articolo, con l'ausilio di un breve inquadramento storico, in particolare del dibattito in Assemblea costituente, a seguire la sua attuazione mediante l'evoluzione storica e giurisprudenziale e infine i richiami di diritto comparato.

La scrittura di questo commentario è stata tuttavia complessa. Ma ha costituito anche un momento, per così dire, di *memoria pubblica*, per tornare a riflettere, dopo settanta anni, su quel periodo di fondazione della nostra Repubblica. Al tempo stesso, ha permesso anche di fare un *bilancio* per capire se sono state raggiunte le mete fissate nella Carta costituzionale, quali sono stati cioè gli obiettivi che lo Stato costituzionale italiano ha saputo raggiungere in un arco di tempo così lungo. Per riflettere poi sulle mete ancora da raggiungere e, non ultimo, per domandarsi se alcune mete fissate anni fa possano ritenersi ancora oggi meritevoli di essere perseguite, o meglio mantengano ancora la loro attualità.

Gli interventi che seguiranno costituiranno senz'altro una preziosa occasione per svolgere questo bilancio di settanta anni di storia costituzionale alla quale ha dato un notevole contributo la Corte costituzionale, un organo del tutto inedito prima del 1948, l'«ospite inatteso», le cui potenzialità di incidere nella forma di governo italiano sono state ben più ampie di quello che si sarebbe potuto immaginare nel 1948[2].

Prima di passare la parola ai relatori, voglio dunque ricordare due grandi testimoni di quegli anni di fondazione della Repubblica, per il contributo da loro dato, tra l'altro, proprio alla nascita della Corte costituzionale: Piero Calamandrei e Mario Bracci, legati da profonda amicizia.

---

2 Sul punto v., per tutti, CHELI, *Il giudice delle leggi. La Corte costituzionale nella dinamica dei poteri*², Bologna 1999.

Piero Calamandrei che proprio in questa aula, il 13 novembre 1921 nella prolusione all'anno accademico si soffermò su "Governo e Magistratura", le cui idee di fondo costituiranno l'ossatura della relazione,nell'autunno del 1946, alla seconda sottocommissione dei '75, la "*Relazione sul potere giudiziario e sulla suprema Corte costituzionale*", relazione che a sua volta andrà a costituire la struttura portante del testo costituzionale in tema di magistratura e Corte costituzionale[3].

E fu sempre in questa aula che il 18 novembre 1945 Bracci, nella sua veste di rettore dell'Ateneo senese, pronunciò il discorso per l'inaugurazione dell'anno accademico '45/46, in cui rivolgendosi agli studenti, ricordò loro di non perdere mai l'entusiasmo, quello che egli definiva «un carattere eterno della gioventù»[4].

La loro generazione aveva dovuto, invece, vivere sotto il fascismo e sentire per vent'anni quel senso di asfissia che soltanto la mancanza di libertà fa percepire. Ma non avevano voluto lasciare il proprio Paese; si erano piegati a giurare fedeltà al fascismo[5], con sofferenza, per non abbandonare la cattedra dalla quale potevano ancora sperare di incidere sulla coscienza dei loro studenti. Sulla coscienza di quei ragazzi «cresciuti persuasi di vivere nel più potente paese del mondo: fino dalla scuola elementare essi [avevano] appreso un catechismo secondo il quale purché essi avessero fede e obbedienza ogni combattimento sarebbe stato una vittoria. Essere italiani per loro significava avere il privilegio glorioso di portare una bandiera temuta, se non amata, sotto tutti i cieli del mondo: un grande esercito, una potentissima marina, un'aviazione capace di tutte le audacie»[6].

Dall'umiliazione del giuramento sentirono pertanto il bisogno di riscattarsi con la loro opera di docenti, cercando di formare le nuove generazioni.

Tra questi docenti, «quelli intimamente antifascisti erano un buon numero, svolgevano un'opera preziosa, formando coscienze alla cultura e alla libertà, educando i giovani allo spirito critico, impedendo con la loro resistenza che quelle stesse cattedre fossero date ai peggiori, i quali avrebbero svolto opera corruttrice e veramente fascista»[7]. Questi docenti «soffrivano l'amarezza delle continue im-

---

3 Cfr. Barbera, *Calamandrei e l'ordinamento giudiziario: una battaglia su più fronti*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 31 luglio 2006.

4 Bracci, *Per l'inaugurazione dell'anno accademico 1945-46*, in Id., *Testimonianze sul proprio tempo. Meditazioni, lettere, scritti politici*, a cura di Balocchi e Grottanelli de' Santi, Firenze, 1981, p. 123 ss., spec. p. 124. Discorso pronunciato nell'Aula magna dell'Università di Siena di cui Bracci era rettore, il 18 novembre 1945.

5 Sui dodici professori che si opposero cfr. Boatti, *Preferirei di no. Le storie dei dodici professori che si opposero a Mussolini*, Torino, 2010.

6 Bracci, *Per l'inaugurazione dell'anno accademico 1945-46*, cit., p. 126.

7 Così Alfieri, *La legge contro il fascismo*, in *Il Ponte*, 1946, con riferimento ai professori delle scuole secondarie, mentre con riferimento all'«alta cultura – dice – è meglio

Ricerche giuridiche e-ISSN 2281-6100
7, 1, 2018, 33-44

posizioni politiche ma pur resistevano e combattevano il fascismo con armi che esso non poteva spezzare»[8].

Quando finalmente ebbe inizio la ricostruzione del Paese, con la caduta del regime fascista, Bracci non mancò di ammettere, rivolgendosi a quegli stessi giovani, che la sua generazione aveva creduto, finita la Grande Guerra, che

> dove fosse in piedi l'Italia ivi fossero superiori affermazioni della giustizia e della libertà. [...]
>
> Dopo venne il risveglio.
>
> Noi avevamo gli occhi aperti: e come precipitando dal cielo vedevamo ingigantire gli aspetti della nostra catastrofe e i momenti in cui non pensammo alla tragica sorte comune furono soltanto quelli in cui serrammo a noi i nostri figli e i nostri cari[9].

Nel cercare conforto in una dimensione privata durante gli anni più bui della dittatura fascista, Bracci e Calamandrei non rinunciarono, tuttavia, a perseguire una ferma opposizione al regime, che ancora oggi deve essere cercata nelle pieghe del discorso, più tra il non detto che il detto[10]. E soprattutto non mancarono di svolgere il ruolo di risvegliatori di coscienze[11], tanto che Calamandrei formò tra i suoi giovani allievi figure di rilievo della resistenza fiorentina[12].

---

tacere». Ma poi prosegue: «Affinché le nostre parole non siano fraintese, diciamo subito però che questa considerazione non dev'essere distorta a giustificare il giuramento prestato da taluni incauti o codardi professori alla pseudorepubblica. Quando sentiamo che il provveditore agli studi (socialista, tanto per dare a ognuno il suo) di una provincia lombarda, agli insegnanti che non hanno giurato dice che hanno fatto male a non giurare, perché, se tutti avessero giurato, non sarebbero sorte tante contestazioni, noi, e con noi credo gli onesti di qualunque partito, non possiamo che opporgli il nostro più profondo disprezzo».

8 Così ancora Alfieri, *op. ult. cit.*

9 Bracci, *Discorso agli studenti, il 29 maggio 1945 per l'anniversario di Curtatone e Montanara*, in Id., *Testimonianze sul proprio tempo. Meditazioni, lettere, scritti politici*, cit., pp. 56-57.

10 Sul punto v. Cianferotti, *Ufficio del giurista nello Stato autoritario ed ermeneutica della reticenza, Mario Bracci e Piero Calamandrei dalle giurisdizioni d'equità della Grande guerra al Codice di procedura civile del 1940*, in *Quaderni fiorentini*, 2008, p. 259 ss., spec. pp. 312-313 e pp. 321-323, per i riferimenti, spec. p. 313 ss., che parla dello «"scrivere tra le righe"», di «*dissimulazione honesta*», di «ermeneutica della reticenza» e di «"collaborazionismo" necessario degli universitari oppositori al regime».

11 Sul punto v. Borgna, *La meglio gioventù. La Resistenza degli azionisti*, in *Micromega*, 2015, 3, p. 118 ss., sul difficile rapporto padri e figli, si veda la testimonianza di Franco Calamandrei, figlio di Piero Calamandrei, Calamandrei, *Piero Calamandrei mio padre*, *ivi*, p. IX ss., in Calamandrei, *Diario 1939-1945*, a cura di Agosti, *cit.*; nonché Calamandrei, *Una famiglia in guerra: lettere e scritti (1939-1956)*, a cura di Casellato, Roma-Bari, 2008.

12 Basti pensare a Paolo Barile, Enzo Enriques Agnoletti, Mario Galizia e Tristano Codignola. Sul punto sia consentito rinviare a Bindi, *Piero Calamandrei e le promesse*

Lo ricorderà lo stesso Calamandrei, qualche anno dopo nel discorso per il rientro di Salvemini in Italia, come egli comprendesse «bene, come forse non tutti i fuorusciti comprendevano, qual era senza la libertà la condizione obbligata degli antifascisti rimasti in Italia; e si rendeva conto degli accorgimenti e delle dissimulazioni a cui essi dovevano ricorrere per restare ai loro posti di lavoro in patria, senza vendere al regime la loro dignità»[13].

Lo ricorderà anche Bracci, nel suo bel saggio "*Quelli che non marciarono*", scritto nel 1952 nel trentennale della marcia su Roma[14].

Nel momento di fondazione della Repubblica, Bracci e Calamandrei si impegneranno in prima persona nella ricostruzione del nostro Paese, che aveva bisogno di essere riedificato non solo materialmente, ma soprattutto moralmente, dopo un ventennio di dittatura fascista[15].

Fu proprio nel 1945 che Calamandrei fondò la rivista Il Ponte, che rappresentava lo strumento forse più amato, attraverso cui concorrere alla riedificazione delle fondamenta democratiche. Questa rivista, da lui diretta e che tanto ha rappresentato negli ultimi dodici anni della sua vita, aveva un programma ben preciso come emerge dal titolo e dall'emblema della copertina: «un ponte crollato, e tra i due tronconi delle pile rimaste in piedi una trave lanciata attraverso, per per-

---

della Costituente, in *I giuristi e la resistenza. Una biografia intellettuale del paese*, a cura di Pezzini e Rossi, Milano, 2016, p. 26 ss.

13 Calamandrei, *Il nostro Salvemini*, in *Il Ponte*, 1955, p. 7 ss., ora in *Il nostro Salvemini. Scritti di Gaetano Salvemini su "Il Ponte"*, Firenze, 2012, p. 27 ss., spec. p. 32 ss.

14 Cfr. la testimonianza di Bracci, *Quelli che non marciarono*, in *Il Ponte*, 1952, p. 1353 ss., ora in Id., *Testimonianze sul proprio tempo*, cit., p. 473 ss., spec. p. 487, dove si legge «Furono queste le violenze e gli spregi assai più delle uccisioni con le armi da fuoco che ci fecero salire al volto vampate di sdegno. E non fu soltanto sdegno: fu una pena nascosta e profonda come se qualche cosa di noi, che ci sembrava sacra, fosse ferita ed umiliata di continuo dalle sopraffazioni e dalle infamie che venivano consumate contro le altre creature umane e come se il disonore dei fascisti fosse irreparabilmente anche nostro. Furono cose mostruose, specialmente se messe a confronto con le nostre immaginazioni e con i nostri sogni di rinnovamento italiano. Ci prendeva una rabbia amara, che poi si tramutava in rancore e che certamente ebbe molta importanza per la formazione del carattere di alcuni fra noi: qualunque cosa fosse poi accaduta avremmo magari venduto l'anima al demonio, ma fascisti non saremmo mai divenuti. E non lo fummo mai, se Dio vuole. Non sono riuscito a perdonare, a tanti anni di distanza, le cocenti umiliazioni di quando dovevo passare per le strade secondarie della mia città per non essere costretto a levarmi il cappello o per non essere altrimenti picchiato al passaggio dei gagliardetti e non ho dimenticato le mie lacrime di rabbia e poi di avvilimento e di costernazione quando a notte alta sentivo passare sotto le finestre i camions di ritorno dalle spedizioni punitive, con i fascisti che cantavano "Giovinezza" e "Avanti arditi". Ai giovani come me il disprezzo della dignità umana, al quale assistemmo in quei tempi, fece più male delle bastonate».

15 Colombo, *Alla testa del "Ponte"*, in *Piero Calamandrei. Ventidue saggi su un grande Maestro*, a cura di Barile, Milano, 1990, p. 512 ss. Sul punto anche Ratti, *"Il Ponte". Un laboratorio costituente: Piero Calamandrei e la diaspora azionista*, in *Costituenti ombra*, a cura di Buratti e Fioravanti, Roma, 2010, p. 187 ss.

mettere agli uomini che vanno a lavoro di ricominciare a passare»[16].

Su questa rivista scrissero entrambi saggi importantissimi: basta ricordare che Calamandrei vi pubblicò "*Costituente e questione sociale*"[17], nelle cui pagine aveva già delineato il testo di quello che sarebbe divenuto il 2 comma dell'art. 3 della Costituzione, anche se poi sarà l'onorevole Basso a redigere il testo approvato dall'Assemblea costituente[18]. Fu poi in questa rivista che, con una serie copiosissima di articoli, Calamandrei denunciò il congelamento della Carta costituzionale e parlò per primo di "ostruzionismo della maggioranza"[19].

Bracci, invece, dedicò alla rivista diretta dall'amico alcuni dei suoi scritti più belli quali "*Storia di una settimana*", che costituisce una testimonianza su un momento fondamentale di nascita della nostra Repubblica da parte di chi ne fu protagonista di primo piano[20]. Così come

---

16 Calamandrei, *Corsivo di presentazione-programma*, in *Il Ponte*, 1945, 1, pp. 1-3, corsivo che apre il primo numero della rivista *Il Ponte*.

17 Calamandrei, *Costituente e questione sociale*, in *Il Ponte*, 1945, I, 5, p. 368 ss. ora in Id., *Scritti e discorsi politici*, 2 voll., a cura di Bobbio, Firenze, 1966, I, p. 141 ss.

18 Come sottolinea Pace, *Diritti di libertà e diritti sociali, nel pensiero di Piero Calamandrei*, in *Piero Calamandrei. Ventidue saggi su un grande Maestro*, cit., a cura di Barile, p. 304, che richiama Basso, *Il principe senza scettro*, Milano, 1958, p. 133. Pace richiama proprio il passo sopra citato del saggio di Calamandrei, *Costituente e questione sociale*, cit., scritto nel maggio del 1945, nel quale si trova già formulato il testo del secondo comma dell'art. 3 Cost., vale a dire il principio di uguaglianza sostanziale, frutto dell'insegnamento rosselliano. Sul punto v. anche Barile, *La nascita della Costituzione: Piero Calamandrei e le libertà*, in *Scelte della Costituente e cultura giuridica*, a cura di De Siervo, II, Bologna, 1980, p. 49 ss., p. 55 ss.

19 Calamandrei, *La festa dell'Incompiuta*, in *Il Ponte*, 1953, giugno 1951, n. 6, p. 565 s., ora in *Scritti e discorsi politici*, I, t. 1, cit., p. 485-486; Id, *L'ostruzionismo di maggioranza I*, in *Il Ponte*, 1953, 2, p. 129 ss.; Id, *L'ostruzionismo di maggioranza II*, *ivi*, 1953, 3, p. 274 ss.; Id, *L'ostruzionismo di maggioranza III*, *ivi*, 1953, 4, p. 433 ss. ora tutti in Id., *Scritti e discorsi politici*, I, t. 1, cit., p. 546 ss.; sull'inattuazione della Costituzione, v. anche Id., *La Costituzione e le leggi per attuarla*, in Aa. Vv., *Dieci anni dopo: 1945-1955*, Roma-Bari, 1955, ora in *Opere giuridiche*, III, Napoli, 1970, p. 553 ss.; Id., *Cenni introduttivi sulla Costituente e i suoi lavori*, cit., p. 421.

20 Bracci, *Storia di una settimana (7-12 giugno 1946)*, in Id., *Testimonianze sul proprio tempo*, cit., pp. 197-215 (già in *Il Ponte*, 2, 1946, p. 599 ss.). Come ricorda Moscadelli (in *Mario Bracci allo specchio delle sue carte. Una nota archivistica e alcuni documenti a 60 anni dalla morte*, intervento dal titolo *L'archivio di Mario Bracci* presentato all'incontro di studi Giellismo e Azionismo. Cantieri aperti, XV edizione, Torino, Istituto piemontese per la storia della Resistenza e della società contemporanea «Giorgio Agosti», 17-18 maggio 2019, in corso di pubblicazione su *Bullettino senese di storia patria*), è noto che Bracci, una volta diffusi pubblicamente i risultati del referendum, suggerì di non ricorrere ad un regio decreto di abdicazione, bensì alla «approvazione di una legge in base alla quale passavano al presidente del Consiglio non i poteri, ma l'esercizio delle funzioni del capo dello Stato, e ciò *ope legis*» (cfr. Craveri, *Bracci, Mario* (voce), in *Dizionario biografico degli italiani*, 13, Roma, 1971, p. 618 ss., spec. p. 619). Scrisse infatti Bracci ricostruendo l'operazione da lui condotta sul piano giuridico e fatta propria dal Consiglio dei ministri: «Giovò, almeno a me, l'avere approfondito le questioni giuridiche. Resultava dalla legge che l''esercizio della funzioni', non i 'poteri', trapassava nel presidente del Consiglio. Non era quindi necessario spodesta-

Ricerche giuridiche e-ISSN 2281-6100
7, 1, 2018, 33-44

un altro saggio, che attesta il ruolo svolto da Bracci in passaggi delicati della nostra storia costituzionale, fu "*Come nacque l'amnistia*"[21].

Volendo cercare un filo conduttore nell'attività che svolsero negli anni di fondazione della Repubblica, si coglie che per entrambi le soluzioni giuridiche ai problemi da affrontare non furono altro che «la prosecuzione in concetti tecnici» delle loro riflessioni politiche, tanto che alla trattazione giuridica seguì sempre una trattazione su quello che c'era da fare, e cioè costruire la democrazia[22]. Una democrazia in cui tutti i cittadini fossero «messi in grado di concorrere alla vita della società, di portare il loro miglior contributo»[23], una Repubblica dunque fondata sul lavoro, e dalla quale le donne non potevano più essere escluse.

In un momento in cui si percepiva «un'umanissima voglia di vivere» e di lasciarsi alle spalle l'eccezionalità degli eventi distruttivi[24], le donne non potevano accontentarsi di ritornare a una dimensione esclusivamente familiare, dopo essere state protagoniste insieme agli uomini, nella guerra di liberazione.

Nel bel discorso che Bracci tenne agli studenti nel maggio del 1945, questi non mancò infatti di sottolineare:

---

re il re: era sufficiente metterlo in disparte, come interdetto. Il trasferimento avveniva in virtù della legge – *ope legis* come aveva detto Umberto dopo l'abdicazione di Vittorio Emanuele III – verificatasi la condizione, cioè la proclamazione della volontà del popolo che per noi era fuori discussione. Quindi nessun decreto doveva essere emanato. Noi dovevamo constatare che la condizione era sopravvenuta, e il presidente doveva esercitare le funzioni di capo dello Stato in concreto, se ciò era necessario» (Bracci, *Storia di una settimana*, cit., p. 213).

21 Bracci, *Come nacque l'amnistia*, in Id., *Testimonianze sul proprio tempo*, cit., pp. 279-299 (già in *Il Ponte*, 3, 1947, pp. 1090-1108). Come ricorda ancora Moscadelli, *Mario Bracci allo specchio delle sue carte*, cit.: «Sulla base del carteggio disponibile, è possibile ricostruire che Bracci scrisse questo articolo – dietro pressanti insistenze di Calamandrei (ASSi, *Archivio Mario Bracci* 18, 49 e 15, lettere del 4 e 11 ottobre, 27 novembre 1946, 1° agosto e 2 ottobre 1947) – durante le vacanze estive del 1947, dopo aver chiesto a Giuseppe Grassi, David Foligno, Ottorino Vannini e Palmiro Togliatti, con lettere del 30 luglio, materiali che non aveva più a disposizione, ovvero il primo progetto di limitata amnistia voluto dal re Umberto II ed elaborato da Togliatti, poi non firmato, quello redatto da Bracci stesso assieme a Foligno e Vannini, accantonato, e infine il secondo progetto di Togliatti (v. ASSi, *Archivio Mario Bracci* 15, alla data; l'unità archivistica conserva anche altri documenti collegati alla pubblicazione dell'articolo). Per la lettera a Togliatti v. Documento I/3. Prima della pubblicazione Bracci sottopose l'articolo in lettura, oltreché a Togliatti, anche a De Gasperi per ottenere il suo «benestare», come si evince da lettere dello stesso Bracci a Calamandrei e a Michele Petrucci del 13 e 14 ottobre 1947 (v. ASSi, *Archivio Mario Bracci* 15, alle date).».

22 Cfr. con riferimento a Calamandrei, Giannini, *La formazione culturale di Calamandrei*, in *Piero Calamandrei. Ventidue saggi su un grande Maestro*, a cura di Barile, cit., pp. 45-46.

23 Calamandrei, *Un discorso ai giovani sulla Costituzione*, cit., p. 6.

24 Vd. De Luna, *Partiti e società negli anni della ricostruzione*, in *Storia dell'Italia repubblicana*, vol. I, *La costruzione della democrazia. Dalla caduta del fascismo agli anni cinquanta*, Torino, 1994, p. 735.

«Ogni anno sono più numerose le fanciulle, giovani donne che con il sorriso nelle nostre aule e che a voi e a noi rendono più lieta la lezione, giovani donne che nell'incertezza dei tempi rompono una tradizione italiana di inerzia femminile e che si preparano a lavorare.

E allora, se domani riuscissimo davvero a creare una società ove l'unica misura del merito e della retribuzione fosse il lavoro e soltanto il lavoro, cosa avreste da temere voi che questa via avete scelto e che soltanto per questa via cercate premio e soddisfazione?»[25].

Gli ideali di rinnovamento sociale vennero poi trasfusi nella Carta costituzionale, che entrò in vigore il 1 gennaio 1948, ma che necessitava di essere attuata, soprattutto con riguardo ai suoi istituti fondamentali, primo fra tutti la giustizia costituzionale, vera chiave di volta del sistema democratico: nella immagine di Calamandrei il tetto senza il quale l'edificio "Costituzione" sarebbe andato in rovina[26].

Calamandrei e Bracci posero entrambi l'accento sul ruolo degli organi di garanzia, quali titolari della funzione di indirizzo politico costituzionale[27]. Cercavano così di recuperare terreno in termini di attuazione della Costituzione attraverso gli organi di chiusura del sistema, Presidente della repubblica e Corte costituzionale, detentori di un indirizzo politico costituzionale distinto dall'indirizzo politico di maggioranza[28], che aveva tradito gli ideali della resistenza congelando il testo costituzionale[29].

Quando finalmente la Corte iniziò la propria attività, ponendo le basi dell'edificio all'interno del quale avrebbe dovuto muoversi, il suo obiettivo era quello di autolegittimarsi per superare le diffi-

25 Bracci, *Discorso agli studenti, il 29 maggio 1945 per l'anniversario di Curtatone e Montanara*, cit., pp. 55 ss.

26 Calamandrei, *Corte costituzionale e Presidente della Repubblica*, in *Opere giuridiche*, cit., vol. III, p. 596 ss.

27 Cfr. Bracci, *Alla ricerca di un notaio o del custode della Repubblica*, in *L'Italia libera*, 27 giugno 1946, ora in Id., *Testimonianze sul proprio tempo*, cit., p. 193 ss.; Id., Lettera al Presidente Gronchi del 15 dicembre 1958, pubblicata in *Studi Parlamentari* 1970, p. 23 ss., col titolo *Presidente e Presidenzialismo*; Calamandrei, *Viva vox constitutionis*, in *Il Ponte*, 1955, p. 809 ss., ora *Opere giuridiche*, vol. III, Napoli, 1965, p. 607 ss.; Id., *Corte costituzionale e Presidente della Repubblica*, in *Opere giuridiche*, cit., vol. III, p. 596 ss.

28 Così Grottanelli de' Santi, *Ricordo di Mario Bracci*, in *Mario Bracci nel centenario della nascita, 1900-2000*, a cura di Cardini e Grottanelli de' Santi, Bologna, 2001, p. 144. Sul punto si rinvia a Bindi, Perini, *Capo dello Stato. Notaio o sovrano?*, introduzione di Grottanelli de' Santi, Torino, 2015.

29 Come è noto Calamandrei parlò al riguardo di "ostruzionismo della maggioranza", con una delle sue più felici definizioni. Sul punto v. *supra* la nt. 19. Come sottolinea De Luna, *Introduzion*e a Calamandrei, *Lo Stato siamo noi*, cit., p. IX, a differenza dell'interpretazione comunista che della resistenza valorizzava l'aspetto organizzativo svolto dai partiti, Calamandrei vedeva nella resistenza un «movimento di popolo, spontaneo, cresciuto dal basso». Accoglieva quindi una concezione spontaneistica proprio per sottrarre il paradigma della fondazione della nostra repubblica all'ipoteca dei partiti antifascisti e per riconsegnarla all'esperienza collettiva degli italiani.

coltà postele dagli altri organi costituzionali, che ne temevano l'operato. E fu proprio a Bracci, eletto tra i primi giudici della Corte costituzionale, che la Corte dette l'incarico di redigere il testo definitivo delle "Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale"[30]. Un testo normativo molto importante, perché con esse la Corte lucidamente scelse di «lasciare largo campo all'esperienza giurisprudenziale»[31]. Essendo un organo nuovo, i primi giudici costituzionali dovevano essere pertanto «in seno alla Corte gli "antenati di se stessi", come soleva dire scherzosamente Mario Bracci, volendo significare che ad essi (…) incombeva l'onere e la responsabilità di fondare lo stile e la tradizione del nuovo organismo»[32].

La Corte fu chiamata a pronunciare la sua prima sentenza su una norma del Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza, uno dei testi normativi simbolo della precedente stagione fascista. E in quella solenne occasione erano presenti entrambi, Bracci e Calamandrei, per combattere con ruoli diversi la medesima battaglia: contribuire all'affermazione dei valori costituzionali, eliminando dall'ordinamento repubblicano le norme retaggio del regime fascista. Bracci nel ruolo di giudice costituzionale, parte del collegio giudicante, Calamandrei, avvocato, parte del primo collegio di difesa[33]. La pronuncia di quella storica sentenza, la n. 1 del 1956[34], con cui la Corte celebrò i valo-

30 Sulla genesi delle norme integrative cfr. De Siervo, *L'istituzione della Corte costituzionale in Italia: dall'Assemblea costituente ai primi anni di attività della Corte*, in *La giustizia costituzionale fra memoria e prospettive (a cinquant'anni dalla pubblicazione della prima sentenza della Corte costituzionale*, a cura di Carnevale e Colapietro, Torino, 2008, p. 8 ss.; sul punto, sia consentito rinviare anche a Bindi, *La riunione delle cause nel giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale*, Padova, 2003, pp. 43-44, p. 46 ss.; Ead., *Principi generali del processo comune e genesi delle Norme integrative*, in *I principi generali del processo comune ed i loro adattamenti alle esperienze di giustizia costituzionale*, a cura di Bindi, Perini, Pisaneschi, Torino 2008, p. 261 ss.

31 Cfr. quanto affermato testualmente dal giudice Bracci nelle *Avvertenze* alla relazione sul secondo coordinamento, in Corte costituzionale, Ufficio studi e regolamenti, *Norme processuali per i giudizi davanti alla Corte costituzionale*, (secondo coordinamento), cit., p. 1 ss. Sul punto cfr. Bindi, *La riunione delle cause nel giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale*, p. 47, dove si legge testualmente che tra i criteri giuridici formali, seguiti per la formulazione delle norme integrative, emerse la volontà dei giudici costituzionali di «lasciare largo campo all'esperienza giurisprudenziale».

32 Cfr. Sandulli, *Il dodicesimo anniversario dall'inizio dell'attività della Corte*, ora in De Siervo (a cura di), *1956-2006. Cinquant'anni di Corte costituzionale*, Roma, 2006, I, p. 54.

33 Le memorie processuali sono ora raccolte e pubblicate in Casini (a cura di), *La prima sentenza della Corte costituzionale: le memorie processuali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2006, p. 36 ss.

34 Corte cost. 14 giugno 1956, n. 1, in *Giur. cost.* 1956, pp. 1 ss., con *Osservazione* di C. Esposito. Sulla sent. n. 1 del 1956 v. il famoso commento di Calamandrei, *La costituzione si è mossa*, in *La Stampa* del 16 giugno 1956, ora in Id., *Opere giuridiche*, III, cit., pp. 655-657; Id., *La prima sentenza della Corte costituzionale*, in *Riv. dir. proc.*, 1956, II, p. 149 ss. In dottrina, v. anche Crisafulli, Esposito, Giannini, Lavagna, Mortati e

ri della Carta repubblicana, li vide pertanto entrambi protagonisti.

Vero è dunque che quella generazione ebbe l'onere, ma anche il privilegio, che non a tutti è concesso dalla storia, di gettare le fondamenta del nuovo edificio repubblicano.

A noi spetta senza dubbio un altro compito, perché la Costituzione non va mitizzata ma neppure spogliata della sua forza di norma fondamentale, attraverso modifiche tacite o interpretazioni disinvoltamente espansive. I contributi che seguiranno riusciranno a dare risposta e a farci comprendere meglio quale equilibrio deve esistere tra la scrittura del testo costituzionale e la sua interpretazione, ben sapendo che un testo costituzionale è vivificato da una serie di fattori, politici, sociali, economici e culturali e che al variare di questi fattori, muta anche il significato delle formulazioni testuali.

Vassalli, *Dibattito sulla competenza della Corte costituzionale in ordine alle norme anteriori alla Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1956, p. 261 ss.

Papers

e-ISSN 2281-6100

Ricerche giuridiche
Vol. 7 - Num. 1– Giugno 2018

Donazione indiretta e rinuncia di proprietà

Edoardo Vinchesi
Dottorando di ricerca in Diritto, mercato e persona nell'Università Ca' Foscari Venezia, Italia

Abstract This article deals with the link between two essential topics of Italian Private Law: the donation agreement and the renouncement act. In particular, it is very important to underline the distinction between a direct donation and an undirect one, according to the fact that the first one requires the public form, while the second one could still be considered with legal effect without it. Furthermore, the analysis will be focused on some of the most important pronunciations of the Italian Supreme Court, in order to understand the key elements of the undirect donations.

Keywords Act of renunciation. Undirect donations. Direct donations. Aim of the donation contract. Unilateral Acts.

Edizioni
Ca'Foscari

Open access

Citation Vinchesi, Edoardo (2018). "Donazione indiretta e rinuncia di proprietà". *Ricerche giuridiche*, 7(1), 47-66.

DOI 10.30687/Rg/2281-6100/2018/01/004

1 Introduzione

Il presente scritto intende operare disamina del legame fra rinuncia di comproprietà e donazione indiretta. Il problema, a tal proposito, è quale disciplina debba essere applicata ai casi in cui l'intento liberale venga realizzato con un atto privo di causa autonoma, nella specie un atto unilaterale quale la rinuncia di comproprietà[1].

L'analisi prenderà le mosse dalla sentenza della Corte di Cassazione, Sez. Civ. II, 25 febbraio 2015, n. 3819, che si è occupata direttamente del tema, per poi estendere ulteriormente la trattazione mediante il richiamo ad altre, più recenti, pronunce della giurisprudenza che hanno esaminato il fenomeno della donazione indiretta, nella specie i requisiti fondamentali e la distinzione dalla donazione formale, nulla per mancanza di forma qualora non attuata con l'atto pubblico. Seguirà una analisi delle opinioni degli interpreti del fenomeno donativo, cercando un raffronto in ottica critica con la giurisprudenza.

2 La sentenza della Corte di Cassazione, Sez. Civ. II, 25 Febbraio 2015, n. 3819

La Corte di Cassazione, con la sentenza Sez. Civ. II, 25 Febbraio 2015, n. 3819 decide in merito ad una rinuncia effettuata da una parte «a favore di destinatari ben specificati» (nello specifico una madre in favore dei figli) avente ad oggetto una quota di comproprietà di bene immobile. Più nel dettaglio, l'atto veniva redatto nella forma di una scrittura privata (peraltro con l'impegno che – su richiesta di uno qualunque degli interessati – si sarebbe dovuto procedere «a tradurre la scrittura in atto pubblico a richiesta di uno di essi»[2]). Il caso *de quo* vedeva protagonisti non solo la rinunciante ma anche i quattro figli della stessa, che vicendevolmente impegnandosi effettuavano delle rinunzie di diritti di quota di comproprietà che gli sarebbero potuti derivare su altri beni in futuro. È peraltro da sottolineare – benché non richiesta dalla natura stessa dell'atto di rinuncia – che vi fosse una manifestazione di accettazione da parte dei beneficiari della rinuncia di comproprietà, i quali avevano sottoscritto il documento fin dall'inizio.

1 Fin da subito, giova richiamare all'attenzione il fatto che il Codice civile ha considerato l'esigenza di estendere parte della disciplina sull'atto di liberalità anche a determinati negozi che siano svestiti della forma della donazione, ma perseguano comunque intento liberale, mentre destino ben diverso sarà riservato alla donazione mancante della forma dell'atto pubblico, che infatti è nulla; diversamente, la donazione indiretta – pur manchevole della forma dell'atto pubblico – sarà ugualmente valida anche in tale circostanza.

2 Cass., 25 febbraio 2015, n. 3819.

Ricerche giuridiche e-ISSN 2281-6100
7, 1, 2018, 47-66

I quattro comproprietari (dunque i fratelli) procedevano poi con altra scrittura privata alla divisione del bene oggetto della rinuncia effettuata verso di loro. Gli stessi convenivano poi in giudizio un terzo, il quale si era visto riconoscere, a mezzo di sentenza, l'usucapione sull' intero cespite oggetto dell'accordo di divisione summenzionato. Il convenuto, costituendosi in giudizio, eccepiva però la nullità dell'atto di rinuncia, e su tale punto si incardina l'aspetto più interessante della pronuncia in esame.

La vicenda ha dunque per oggetto la rinuncia di una quota di comproprietà (e non proprietà). Vi è, comunque, una prima critica da muovere immediatamente alla ricostruzione effettuata dalla Corte: viene infatti evidenziato all'interno di tale pronuncia che l'atto effettuato da parte della madre sarebbe una rinuncia abdicativa, che solo come effetto contestuale vedrebbe operare l'accrescimento della quota degli altri comproprietari[3]. Ebbene, parrebbe che le intenzioni delle parti fossero, a ben guardare, differenti. Benché, infatti, sia comunque censurabile l'incasellamento della vicenda nell'alveo della donazione indiretta, come si cercherà di dimostrare nel proseguo, era del tutto evidente che l'intenzione del rinunciante, nella vicenda in esame, non era quello di effettuare una rinuncia pura e semplice, quanto piuttosto di trasferire la propria quota di comproprietà a favore dei figli, che erano a loro volta comproprietari. La terminologia utilizzata dalle parti non lascia infatti dubbi: nell'atto scritto la rinunziante afferma di voler «rinunciare in favore dei propri figli». Non sembrano dunque risultare incertezze sul fatto che l'intenzione del soggetto era quella di effettuare un trasferimento patrimoniale (nello specifico di una quota di diritto di proprietà) direttamente ai beneficiari individuati. La vicenda in esame, in buona sostanza – e sulla base di questo presupposto il provvedimento è criticabile – è da qualificarsi differentemente da come fatto dalla Suprema Corte: in tale circostanza il comproprietario aveva intenzione di effettuare una vera e propria donazione con la forma scritta (e non con l'atto pubblico) generando un immediato e contestuale trasferimento del suo diritto nella sfera giuridica dei comproprietari, senza utilizzare però la forma solenne, come previsto dal Codice civile.

Tale primo elemento di critica non è tuttavia l'unico; anche qualora l'atto scritto fosse stato diversamente redatto – infatti – la conclusione avrebbe dovuto essere la stessa e l'atto avrebbe dovuto essere qualificato come donazione diretta.

3 Nella sentenza si legge, infatti, che l'atto di rinuncia sarebbe da accostare, quanto agli effetti, all'art. 1104 c.c. Come noto, in base a tale norma è possibile rinunciare alla quota di comproprietà, e solo come effetto successivo alla rinuncia la quota dei comproprietari si espanderà, non essendo il trasferimento del diritto diretto fra i soggetti. Tale ricostruzione in merito alla riespansione del diritto di comproprietà è stata ribadita dalla Suprema Corte nella pronuncia Cass., 9 novembre 2009, n. 23691.

Ricerche giuridiche e-ISSN 2281-6100
7, 1, 2018, 47-66

Si potrebbe ritenere, infatti, sulla base della teoria che vede il fondamento causale della donazione nell'*animus donandi* del rinunziante, dunque dello spirito di liberalità, che la fattispecie ricada nella donazione diretta, e che – quindi – avrebbe dovuto essere ritenuta nulla per mancanza della forma prevista dal momento che era stata effettuata tramite forma scritta. La corte, invece si limita a qualificare la rinuncia come pura e semplice, non considerando neppure la sussistenza dell'*animus donandi* come una possibilità, limitandosi ad affermare che la rinuncia di comproprietà *ipso facto* non può che costituire donazione indiretta, attirandosi, così, le critiche della dottrina[4] e contraddicendo pronunce meno recenti[5].

Non solo, il risultato di una simile impostazione è persino paradossale. Per effettuare, infatti, una donazione, ad esempio quella di un genitore verso un figlio, di carattere immobiliare, onde ottenere un consistente risparmio relativamente alle imposte di donazione, i soggetti coinvolti potrebbero agire come segue: il genitore potrebbe vendere o donare una componente microscopica del bene immobiliare al figlio, e poi rinunciare per intero alla proprietà. Come conseguenza il beneficiario otterrebbe l'espansione del proprio (microscopico) diritto di comproprietà, ottenendo l'intero immobile, ma evitando il versamento delle imposte relative alla parte non donata. Si rileva peraltro che, in base alla ricostruzione prevalente, non sussisterebbe per il comproprietario la possibilità di impedire l'espansione del proprio diritto di comproprietà benché tali atti – che, giova qui segnalarlo, sono pacificamente ritenuti unilaterali – possano anche comportare degli svantaggi per il soggetto che beneficia dell'altrui rinuncia[6]. L'esito

4 Sul punto si veda Brizzolari, ove afferma che il «*principio non appare certo condivisibile, sarà necessario accertare se la rinuncia è stata compiuta con animus donandi al fine di poterla qualificare come donazione*», in *Riv. dir. civ.*, 2017, I, p. 187 ss.

5 Sul punto, rilevante è la sentenza di Cass., 9 novembre 2009, n. 23691, in tale pronuncia la Corte ha evidenziato come «*con la rinuncia, che è negozio di natura abdicativa, si opera "ipso iure", in forza del principio di elasticità della proprietà, l'accrescimento della quota rinunciata a favore del compartecipe che, pertanto, in caso di proporzione delle rispettive quote, diviene proprietario esclusivo del bene*». Non sembrano dunque sussistere dubbi che la Corte faccia automaticamente ricondurre la riespansione del diritto di proprietà alla scelta rinunciativa del comproprietario, senza esigere un consenso del soggetto la cui quota si andrà a riespandere (giova comunque segnalare che tale rapporto è di mera contestualità, non di causalità). Su tale aspetto si confronti Gazzoni, *Manuale di diritto privato*[16], Napoli, 2013, p. 253, rispetto a tale punto l'Autore afferma come la rinuncia sarebbe in realtà un negozio non recettizio, riconducendo così la acquisizione di una più ampia quota di comproprietà alla riespansione del diritto originariamente in capo ai comproprietari.

6 Tale aspetto non è però pacifico, né in dottrina, né in giurisprudenza; recentemente infatti la Suprema Corte ha affrontato la questione dell'attribuzione di svantaggi – ancorché solo potenziali – attribuibili ad un soggetto a mezzo di atto unilaterale con la sentenza di Cass., 18 giugno 2018, n. 15997. In quest'ultima pronuncia la Corte ha affrontato il caso dell'attribuzione di un diritto di usufrutto con atto unilaterale. Il caso, invero assai interessante, evidenzia come non sia in generale possibile attribuire, a

paradossale della ricostruzione effettuata dalla Suprema Corte sarebbe quello di consentire tale prassi.

3 La rinuncia di comproprietà

La rinuncia di comproprietà[7] è intesa dalla dottrina come l'atto in virtù del quale il diritto si estinguerà, provocando al contempo un incremento delle quote degli altri comproprietari, in conseguenza di un effetto abdicativo[8]; tale atto viene tradizionalmente ricostruito come atto unilaterale a cui consegue l'effetto diretto ed essenziale della perdita della situazione giuridica in capo al comproprietario[9].

In tal senso, esso è distinguibile dal rifiuto, in quanto quest'ultimo non consuma in nessun caso il diritto, che ritornerà nel patrimonio del terzo[10], mentre la rinunzia di un diritto reale avrà come effetto il solo depauperamento del patrimonio del rinunziante.

La possibilità per qualunque comproprietario di rinunciare al proprio diritto di comproprietà è pacificamente desunta sulla base di due elementi: il primo è l'applicazione in via analogica di alcune norme del Codice civile (in particolare l'art. 882 c.c. e l'art. 1104 c.c.); il secon-

mezzo di atto unilaterale (in quanto occorre la forma contrattuale), un diritto che possa comportare – ancorché in astratto – pesi ed oneri per il titolare. La pronuncia, stante il carattere generale della statuizione relativa all'impossibilità di attribuire potenziali svantaggi con qualunque atto unilaterale risulterebbe astrattamente applicabile al caso di specie, ma una possibile soluzione all'apparente dicotomia potrebbe consistere nel riconoscere valore al consenso prestato dal comproprietario nel momento precedente alla rinuncia, quello in cui ha accettato di divenire comproprietario del rinunciante. Così facendo, infatti, ha accettato anche la possibilità che il proprio diritto potesse riespandersi in un momento successivo, con i relativi oneri potenziali (su tale punto si confronti Trimarchi, *Istituzioni di Diritto Privato*[3], Milano, 2014, p. 159 ss.). Su tale aspetto, considerata l'incompatibilità delle pronunce analizzate, è auspicabile una pronuncia delle Sezioni Unite. Sull'utilizzo, comunque, di tale elemento a sostegno della negoziabilità della rinuncia si rimanda al proseguo della trattazione.

7 Sul punto la bibliografia è vastissima, fra gli altri si annoverano Gazzoni, *op. cit.*, p. 871; Brizzolari, *op. cit.*, p. 187 ss.; Bellinvia, *La rinuncia alla proprietà*, in *Riv. notariato*, 2016, I, p. 8 ss.; Giampiccolo, *La dichiarazione recettizia*, Milano, 1959, p. 88; La Torre, *Abbandono e rinuncia liberatoria*, Milano, 1993, p. 174 ss; Fragali, *La comunione*, in *Trattato di diritto civile*[2], a cura di Cicu e Messineo, Milano, 1978; Favale, *La comunione ordinaria*, in *Il diritto privato oggi*, a cura di Cendon, Milano, 1997, p. 486 ss; Bozzi, *Rinunzia* (voce), in *Nov. D.*, XV, Torino 1968, p. 1141; Barassi, *Proprietà e comproprietà*, Milano, 1951, p. 210; Bozzi, *La negozialità degli atti di rinuncia*, Milano, 2008; Stolfi, *Il possesso e la proprietà*, in *Diritto civile*, II, Torino, 1926, p. 333 ss; Franco, *La comunione ordinaria*, in *Tratt. di dir. imm.*, diretto da Visintini, III, Padova, 2013, p. 48 ss.

8 Gazzoni, *op. cit.*, p. 871.

9 Mazzariol, *Rinuncia abdicativa alla quota di comproprietà: tra tipicità e atipicità della fattispecie*, in *Nuova giur. civ. comm*, 2015, p. 577 ss.

10 Gazzoni, *op. cit.*, p. 871.

do (e, ad avviso di chi scrive, più convincente) è la natura intrinseca del diritto di comproprietà.

Dispone infatti l'art. 832 c.c., come noto, che il proprietario ha diritto di godere della cosa in modo «*pieno ed esclusivo*», e in virtù della forza giuridica di tale disposizione appare indubbio che fra le facoltà del proprietario vi sia anche quella di rinunciare al diritto stesso[11].

La natura dell'atto di rinuncia di comproprietà, secondo la maggioranza degli interpreti, è quella di negozio unilaterale recettizio[12], opinione peraltro condivisa dalla giurisprudenza[13]. Non solo, viene altresì escluso che sia necessaria l'accettazione da parte degli altri comproprietari[14]; ci si potrebbe dunque domandare sulla base di quale principio dell'ordinamento si possa ammettere l'automaticità dell'incremento della quota del diritto spettante agli altri comproprietari. A tal proposito è opportuno chiarire che l'acquisto da parte dei comproprietari si verificherà non in dipendenza della rinunzia, essendone questa mera occasione e non già causa[15], bensì facendo «leva sull'effetto istantaneo dell'accrescimento, che consegue ipso iure alla rinunzia, quale conseguenza della natura giuridica della comunione»[16].

L'effetto è quindi quello di una riespansione della quota di comproprietà spettante ai comproprietari. Altra dottrina arriva a chiarire che il vantaggio che taluno possa ricavare dalla rinunzia può derivare solo occasionalmente e indirettamente dalla perdita del diritto da parte del suo titolare[17], chiarendo poi che nel caso di rinuncia dell'usufrutto, ipotesi che manifesta rilevante vicinanza al caso di specie[18], comportante il consolidamento del diritto di proprietà anche nei diritti spettanti al precedente titolare del diritto del godimento, il vantaggio per il (nudo) proprietario e l'espansione del suo patrimonio giuridico derivano proprio dall'espansione del diritto stesso che, insistente sul di-

11 Come giustamente osservato, fra gli altri, da Brizzolari, *op. cit.*, p. 187 ss. In ogni caso, la rinuncia è senz'altro un modo di esercizio della facoltà di disposizione del diritto che non richiede l'intervento dei soggetti diversi dal rinunciante, secondo un principio pacifico anche in giurisprudenza. Si confronti peraltro, a tal proposito, Bellinvia, *op. cit.*, p. 8 ss.

12 Giampiccolo, *op. cit.*, 88; La Torre, *op. cit.*, p. 174 ss; Fragali, *op. cit.*; Favale, *op. cit.*, p. 486 ss; rispetto la rinuncia non di soli diritti, ma più in generale rispetto le situazioni giuridiche si confrontino Bozzi, *op. cit.*, p. 1141 e Mazzariol, *op. cit*.

13 Si confronti in tal senso Cass., 10 gennaio 2013, n. 482, ove si riconosce la rinuncia abdicativa come negozio unilaterale recettizio.

14 Bellinvia, *op. cit.*, p. 8 ss.

15 Gazzoni, *op. cit.*, p. 871.

16 Bellinvia, *op. cit.*, p. 8 ss.

17 Torrente, Schlesinger, *Manuale di diritto privato*[23], Milano, 2017, p. 218.

18 In effetti, in entrambi i casi la riespansione del diritto di proprietà è conseguenza della rinuncia di un soggetto diverso dal proprietario, e si effettua in conseguenza della rinuncia stessa.

ritto dell'usufrutto, è libero di espandersi anche nelle prerogative di quest'ultimo. La ricostruzione, in modo analogo, della struttura giuridica del diritto di comproprietà è stata convincentemente operata dalla giurisprudenza nella sentenza di Cass., 22 maggio 1997, n. 4571[19]. In essa la Corte ha chiarito che «poichè il diritto di comproprietà di un bene si esercita sull'interezza di questo, e non su una sua frazione, l'analogo diritto altrui ne costituisce il limite, che, se viene meno, determina la espansione di quel diritto, ossia la proprietà esclusiva», riconoscendo quanto era già sostenuto dalla dottrina[20], vale a dire che i diritti di comproprietà insistono gli uni sugli altri, impedendo per ciò solo che uno di essi si riespanda, in quanto impedito a ciò proprio dal diritto altrui[21].

In sostanza, venuto meno il limite costituito dalla quota del rinunziante, il diritto di (com)proprietà dei restanti titolari tende naturalmente ad espandersi, alla luce del principio di elasticità del dominio. La fuoriuscita dalla comunione di uno dei compartecipi, del resto, non può che determinare l'incremento della partecipazione degli altri, poiché il diritto da essi vantato non ha ad oggetto una parte o frazione del bene, ma l'intero[22], come confermato peraltro da più risalente dottrina[23].Quanto detto finora chiarisce che la rinuncia del diritto di comproprietà effettuata come atto unilaterale da parte del comproprietario senza indicare i soggetti destinatari non è causa dell'acquisizione di un diritto da parte dei comproprietari stessi. Quest'ultimo evento, infatti, è la mera conseguenza di una rinuncia abdicativa effettuata ad un diverso soggetto, che rimane indeterminato, motivo per il quale viene evidenziato da dottrina concorde che la rinuncia non ha causa autonoma[24] e che comunque la causa dell'accrescimento non è la

19 Cass., 22 maggio 1997, n. 4571.

20 Si veda Barassi, *op. cit.*, p. 210, ove si chiarisce che «la cessazione del diritto di comproprietà di uno dei partecipanti ha per effetto che si dilatano gli altri diritti superstiti sulla cosa comune. Questo contemporaneo e automatico acquisto degli altri comproprietari si spiega con la natura propria della comproprietà, in cui la limitazione delle quote è conseguenza di una compressione determinata dalla coesistenza di diritti di comproprietà ciascuno dei quali dovrebbe tendenzialmente avere tutta la cosa comune per oggetto».

21 L'esempio è peraltro calzante al caso del diritto di superficie *ad aedificandum* che, se costituita a tempo, al sopraggiungere del termine stabilito avrà come conseguenza finale il riacquisto della proprietà dell'edificio in capo al proprietario.

22 Bellinvia, *op. cit.*, p. 8 ss.

23 La Torre, *loc. ult. cit.*; Stolfi, *op. cit.*, p. 333 ss; Franco, *op. cit.*, p. 48 ss.

24 Nocera, *Effetti della rinuncia della quota del bene in comunione ordinaria: negozio abdicativo causalmente autonomo o donazione indiretta?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, VI, p. 579 ss., ove afferma che «le opinioni maggioritarie si sono concentrate sulla presunta atipicità di questo istituto»; Gorla, *L'atto di disposizione di diritti*, Perugia, 1936, p. 72; Giorgianni, *Causa* (voce), in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 565. Peraltro, tale elemento risulterà determinante nel proseguo della trattazione, potendo anticiparsi

rinuncia[25]. Viene inoltre specificato che, sulla base dell'effetto esclusivamente secondario e riflesso alla rinuncia, non vi è possibilità per gli altri comproprietari di impedire il proprio acquisto, mancando lo schema economico-giuridico proprio, viceversa, del contratto. Fra le note contrarie rispetto all'ammissibilità della rinuncia in esame si annoverano un recente parere dell'Avvocatura di Stato[26] che – sulla base delle preoccupanti conseguenze che un abuso di tale facoltà potrebbe comportare per l'erario – afferma l'impossibilità della rinuncia basata esclusivamente su motivazioni di carattere economico[27] verso lo Stato, nonché una sentenza del Tar Piemonte, che evidenzierebbe l'impossibilità della pronuncia in determinate circostanze[28].

---

fin d'ora che la Suprema Corte lo ritiene indispensabile per poter attribuire ad un negozio la qualifica di donazione indiretta.

25 Bozzi, *op. cit.*, p. 1149, per il quale «Manca il nesso causale fra la rinunzia e il vantaggio del terzo, e piuttosto la rinunzia rimuove l'ostacolo che si oppone all'incremento della sfera giuridica altrui, e pone perciò in essere le condizioni obiettive perché il terzo possa acquisire il vantaggio, pur avendo tale acquisto il suo titolo in fatti giuridici diversi dalla rinunzia»; Giampiccolo, *op. cit.*, p. 86, il quale afferma che «L'effetto proprio di quest'atto consiste nell'estinzione di un diritto del rinunciante; e questo effetto si consuma ed esaurisce nella sfera stessa del dichiarante. Il diritto non si perde dal soggetto per trasferirsi ad altri, ma si perde perché si estingue in lui. Seppure dunque l'atto può produrre un effetto per i terzi, tale effetto non è in diretta relazione causale con la dichiarazione di rinuncia, ma ne costituisce soltanto una conseguenza riflessa e mediata».

26 Nota prot. n. AI 37243/17.

27 Nel parere n. AI 37243/17, infatti, l'Avvocatura Generale dello Stato, indirizzandosi all'avvocatura distrettuale di Genova, avrebbe affermato che è da ritenersi perfettamente ammissibile l'atto unilaterale volto alla rinuncia del diritto di proprietà, ma tale possibilità incontra una limitazione allorquando il solo fine del proprietario sia «quello, egoistico, di trasferire in capo all'erario – e dunque in capo alla collettività intera – i costi necessari per le opere di consolidamento, manutenzione e demolizione dell'immobile»; in tale circostanza l'atto sarà inammissibile e da qualificarsi come affetto da nullità. Il parere prosegue poi evidenziando che la nullità dell'atto si ricaverebbe dall'art. 1322 c.c. (in quanto manchevole di meritevolezza di tutela), dal motivo illecito (richiamando l'art. 1343 c.c.) e in quanto l'atto sarebbe da qualificare come in frode alla legge (in base all'art. 1344 c.c.).

Il parere è però criticabile sotto due aspetti: innanzitutto l'Avvocatura Generale evidenzia inizialmente come la rinuncia sia ammissibile dal punto di vista giuridico, ma incontra un limite in quello economico, tesi che difficilmente può convincere: qualora infatti residuassero al momento della rinuncia spese relative alla titolarità dell'immobile (quali, ad esempio degli oneri di carattere tributario) questi rimarrebbero comunque in capo al precedente proprietario, ancorché rinunciatario. Il secondo elemento criticabile di tale parere consiste nell'evidenziazione della volontà egoistica del rinunciatario, non meritevole di protezione in quanto vorrebbe «trasferire le proprie spese in capo all'erario»: si deve dunque ritenere che sarebbe invece valido il trasferimento – effettuato nelle medesime condizioni – in capo ad un privato?

28 Nella sentenza del Tar Piemonte, Sez. I, 7 giugno 2017, viene affermato che il privato non può abdicare al diritto di proprietà qualora il fondo abbia subito un'occupazione per la realizzazione di un'opera pubblica o di pubblica utilità, il privato è – insomma – impossibilitato ad effettuare una rinuncia abdicativa rispetto il diritto di proprietà che ha sul bene. Il ragionamento seguito dal Tar si basa sul fatto che la rinun-

4 Legame fra la causa della donazione e la rinuncia di comproprietà

Posto che la *conditio sine qua non* del contratto di donazione è il depauperamento del patrimonio di una parte a vantaggio dell'altra, tale elemento – tuttavia – non è bastevole all'inquadramento di una fattispecie all'interno del contratto di donazione, dovendo infatti essere accompagnato dallo spirito di liberalità. Neppure in presenza dello spirito di liberalità e del depauperamento del patrimonio di una parte a vantaggio dell'altra si ricadrà però necessariamente nella fattispecie di cui all'art. 769 c.c.

La donazione, infatti, non si configura solo come l'atto con cui si ottiene l'effetto di impoverimento di una parte a vantaggio di un'altra: essa consiste altresì nel porre in essere – consapevolmente – sulla base della libertà e della spontaneità[29], l'effetto summenzionato con la forma prevista dal Codice civile (di norma, dunque, la forma dell'atto pubblico, accompagnato dalla presenza di due testimoni). Qualora, infatti, l'ontologia della liberalità fosse costituita unicamente dall'effetto contestuale di impoverimento e arricchimento delle parti del contratto di donazione, la distinzione fra liberalità donative (di cui all'art. 769 c.c.) e liberalità non donative (come le liberalità d'uso e la donazione indiretta) sarebbe totalmente priva di utilità. Per tale ragione, si può constatare che non sussiste coincidenza perfetta fra liberalità e donazione[30].

Rispetto allo spirito di liberalità, parte della dottrina ha evidenziato come, a causa del medesimo, sussisterebbe all'interno del contrat-

---

cia prevista dal Codice civile non lascia mai la proprietà acefala, consentendo sempre di individuare un proprietario. Inoltre, la rinuncia risulterebbe impedita dall'attitudine egoistica del rinunziante, la cui intenzione è di liberarsi di un bene non più profittevole, disinteressandosi dell'occuparsi in maniera diligente ed attiva dei propri beni. Senza voler entrare nel merito del ragionamento giuridico posto alla base della vicenda, sembra comunque che le limitazioni poste dalla sentenza non rilevino nel caso concreto, non essendovi dubbi sulla vicenda rispetto la natura privata dei destinatari della quota di comproprietà oggetto di rinuncia. Ci sia consentito, a titolo di completezza, di richiamare Buffone, *Limitare una facoltà da sempre esercitata è una forzatura*, in *Guida dir.*, 2018, n. 18, p. 27, che evidenzia come benché la pronuncia «del Tar Piemonte mette in luce l'avvertita esigenza, oggi, di riesaminare il problema degli atti dispositivi del diritto di proprietà immobiliare, tenuto conto della nuova funzione sociale dell'istituto e dei problemi che effettivamente gravano sulla finanza pubblica [...] apparirebbe invero abbastanza singolare la introduzione in via meramente interpretativa di un limite così penetrante a un diritto storicamente da sempre esercitato. Non solo: sarebbe un limite "dedotto" ma non previsto espressamente dalla Legge e si potrebbe così configurare anche una violazione, nei confronti del privato, del suo diritto, come tutelato dalla Carta europea dei diritti dell'uomo».

29 Capozzi, *Successoni e Donazioni*[4], II, Milano, 2015, p. 1506.

30 Sul punto si confronti G. Amadio, *La nozione di liberalità non donative nel codice civile*, in http://elibrary.fondazionenotariato.it/articolo.asp?art=11/1101&mn=3.

Ricerche giuridiche 7, 1, 2018, 47-66 e-ISSN 2281-6100

to di donazione un *quid pluris* rispetto all'intento delle parti, che non dovrà limitarsi alla realizzazione degli effetti della donazione, ma che dovrà essere volontariamente consapevole della mancanza oggettiva di controprestazione[31], nell'ottica del soddisfacimento in via diretta di un interesse di natura non patrimoniale del disponente[32]. Inoltre, se vi sono equivoci relativamente alla ragione per cui la prestazione è eseguita o promessa (ad esempio una delle parti ritiene che si tratti dell'adempimento o del riconoscimento di un debito), il contratto è nullo e la prestazione è senza causa[33].

La teoria maggiormente seguita sulla causa della donazione afferma che questa si identifica con l'elemento soggettivo consistente nell'*animus donandi*. Tale tesi (c.d. teoria soggettiva) escluderebbe la configurazione della causa donativa quale semplice depauperamento patrimoniale del donante a favore del donatario, evidenziando come la configurazione dell'intenzione del donante in termini di *animus donandi* sia necessaria per definire il negozio come donazione: in tal senso hanno avuto modo di pronunciarsi sia dottrina[34] che giurisprudenza[35], così superando altre – meno seguite – ricostruzioni[36].

---

31 In particolare, sul punto si veda Torrente, *La donazione*, in *Trattato di diritto civile*², a cura di Cicu, Messineo, Milano, 2006, p. 211.

32 Checchini, *L'interesse a donare*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, I, p. 262 ss.

33 Trimarchi, *op. cit.*, p. 421 ss.

34 Balbi, *La donazione*, in *Trattato di diritto civile*, a cura di Grosso, Santoro-Passarelli, Milano, 1964, p. 19 ss.

35 Cass., 16 ottobre 1976, n. 3526.

36 La teoria minoritaria più inusitata sostiene l'acausalità del contratto di donazione (Perozzi, *Intorno al concetto di donazione*, in *Arch. giur.*, Modena, 1897, p. 323; Andreoli, *La ripetizione dell'indebito*, Padova, 1940, p. 86), che dunque consisterebbe in un contratto privo di uno degli elementi essenziali previsti dal Codice civile. Tale tesi, tuttavia, non pare condivisibile. L'art. 1325 c.c. evidenzia che la causa è elemento essenziale del contratto, e definendo l'art. 769 c.c. la donazione proprio come un contratto, l'esito del sillogismo è lapalissiano: la causa è elemento necessario anche del contratto di donazione. Viceversa, l'acausalità potrebbe venire in rilievo per le liberalità d'uso, dal momento che l'art. 770 c.c. ne esclude la natura donativa.

Ancora, diversa ricostruzione (c.d. teoria oggettiva) chiarisce come la causa della donazione sia da ricercare esclusivamente nel «depauperamento del donante accompagnato dall'arricchimento del donatario, inteso in senso giuridico come mancanza di corrispettivo dell'attribuzione patrimoniale» (Capozzi, *op. cit.*, p. 1517), ciò escluderebbe – dunque – di poter considerare la semplice *omissio adquirendi* come donazione.

Ancor più precisamente, le tesi sulla acausalità del contratto di donazione, com'anche della congruenza fra causa e il solo arricchimento del donatario, sono state respinte da Torrente, *loc. ult. cit.*, che afferma come sia certamente necessario tale arricchimento, ma a questo vada accompagnato un intento soggettivo, peraltro «comune ad entrambe le parti» in ottica di liberalità. Similmente, viene evidenziata da Jemolo, *Lo spirito di liberalità*, in *Studi in memoria di Vassalli*, Torino, 1960, p. 973 ss., la consapevolezza di un'attribuzione a cui un soggetto sa di non essere giuridicamente obbligato. Sempre in riferimento alla teoria soggettiva si confronti altresì Palazzo, *I contratti di donazione*, in *Trattato dei contratti Rescigno, Gabrielli*, Milano, 2009, p. 45 ss.

Nell'esaminare la sussistenza dell'*animus donandi*, peraltro, occorre ricordare la tesi che considera quest'ultimo come causa in concreto del contratto di donazione, cioè come scopo pratico del negozio, la sintesi degli interessi che lo stesso è diretto a realizzare concretamente quale funzione individuale della singola e specifica negoziazione, al di là del modello astratto utilizzato[37]. Proprio applicando tale teoria, come descritta dalla Suprema Corte di Cassazione con la sentenza 8 maggio 2006, n. 10490[38] diviene possibile «assoggettare a disciplina unitaria una serie eterogenea di atti»[39].

La teoria soggettiva è stata accolta dalla più recente giurisprudenza[40], nonché – non univocamente – dalla dottrina[41] e in tal senso, peraltro, si riconduce allo schema del contratto di donazione anche la c.d. donazione rimuneratoria[42]. Sulla base della natura spontanea della donazione, e proprio aderendo alla tesi soggettiva, è altresì da segnalare come si ritenga esclusa la validità del preliminare di tale contratto[43].

Ma quale impatto pratico ha – ci si potrebbe domandare – la configurazione di un'attribuzione patrimoniale come donazione diretta o indiretta (effettuata dunque mediante un diverso negozio)? La differenza si sostanzia negli effetti giuridici rilevabili qualora una donazione diretta sia manchevole del rispetto dell'onere formale previsto dalla donazione, dunque l'atto pubblico effettuato alla presenza di due testimoni, con l'esclusione delle donazioni di beni di modico valore o di quelle obnuziali[44].

37 D'auria, *Le donazioni indirette*, Rimini, 2014, p. 17.

38 Cass., 8 maggio 2006, n. 10490.

39 D'auria, *op. cit.*, p. 20.

40 Cass., 28 agosto 2008, n. 21781.

41 Evidenziando che la causa della donazione consisterebbe nella combinazione dello spirito di liberalità accompagnato dal contestuale impoverimento di donante ed arricchimento del donatario si confronti Trimarchi, *op. cit.*, p. 421 ss; Jemolo, *op. cit.*, p. 973 ss.; Palazzo, *op. cit.*, p. 45 ss.

42 Torrente, Schlesinger, *op.cit.*, p. 1458.

43 Dottrina minoritaria ammette però la possibilità del preliminare di donazione riconducendo lo spirito di liberalità al preliminare stesso (Gazzoni, *op. cit.*, p. 546); così riconoscendo implicitamente la necessità dello spirito di liberalità nella donazione (in ossequio alla teoria soggettiva della causa donativa).

44 Si noti, infatti, che la forma dell'atto pubblico sotto pena di nullità richiesta dal Codice civile (all'art. 782 c.c.) trova un'eccezione alla norma immediatamente successiva: l'art. 783 c.c. evidenzia infatti che non è richiesta la forma dell'atto pubblico allorquando il bene oggetto della donazione stessa sia di modico valore (purchè vi sia stata la *traditio*). La modicità del valore andrà valutata «in senso relativo, dovendosi prendere in considerazione non solo il dato concernente l'obbiettivo valore della cosa ma anche il rapporto esistente tra esso e la consistenza del patrimonio del donante» (Cass., 6 giugno 1980, n. 3672). In definitiva, la donazione andrà così qualificata quando abbia una scarsa incidenza sul patrimonio del donante. Rilevante peraltro è l'opinione dot-

Qualora venga ad esempio lesa la quota di un legittimario per il tramite di una donazione diretta effettuata senza l'osservanza della forma dell'atto pubblico, si dovrà agire per la ripetizione dell'indebito, e il bene (o i beni) oggetto del trasferimento si considereranno come mai fuoriusciti dal patrimonio del *de cuius*. Ben diverso è invece il caso della donazione indiretta, che infatti risulterà validamente effettuata: in tale circostanza, nell'esempio proposto, si dovrà agire con azione di riduzione (artt. 553 ss. c.c.). Ma alla luce di quale criterio dovrà ritenersi che un'attribuzione patrimoniale effettuata senza la forma dell'atto pubblico sia una donazione diretta nulla per rispetto della forma ovvero una donazione indiretta (istituto che non esige l'atto pubblico *ad substantiam*)? L'analisi è da effettuarsi alla luce della dottrina e della più recente giurisprudenza, in particolare quella riguardante, direttamente o incidentalmente, la causa del contratto di donazione.

5 (Segue) La donazione indiretta

La donazione indiretta è definibile come il modo di porre in essere lo spirito di liberalità tramite negozi aventi una causa diversa da quella liberale[45]; altra definizione ulteriormente ha chiarito che è indiretta quella liberalità attuata non con il contratto tipico di donazione, ma per mezzo di altro strumento negoziale[46].

Gli esempi di donazione indiretta sono svariati: il più noto è forse il contratto a favore di terzo. Tale istituto è regolato agli artt. 1411 ss. c.c. e prevede la possibilità per i contraenti, promittente e stipulante, di attribuire un diritto ad un soggetto terzo: in tale caso è irrilevante che la clausola a favore del terzo sia *solvendi* o *donandi* causa, in quanto la liberalità non viene identificata con la dichiarazione di nomina, occorrendo piuttosto che non sussistesse in precedenza un rapporto di provvista o di un successivo atto di pagamento o di restituzione di quanto ricevuto. Si avrà donazione indiretta nel momento in cui il donante rinuncerà alla pretesa da lui vantabile verso il terzo nominato.

Altro caso specifico è quello della vendita a prezzo inferiore del bene[47]; diversamente nel caso del prezzo simbolico (è noto l'esempio *nummo uno* del diritto romano) la fattispecie sarà interamente sussu-

---

trinale che esclude i beni mobili registrati e i beni mobili dalla donazione di modico valore, quale che sia il patrimonio del donante.

45 Torrente, Schlesinger, *op. cit.*, p. 1460.

46 D'auria, *op. cit.*, p. 10.

47 Saranno rispettati i criteri richiesti allorquando la vendita avvenga alla metà del valore, si osserverà dunque la disciplina della compravendita per la componente oggetto dello scambio e quella della donazione in riferimento all'arricchimento slegato da corrispettivo, sul punto vedasi Cass., 3 novembre 2009, n. 23297.

mibile nell'alveo della liberalità.

Un altro strumento utilizzato per realizzare una donazione indiretta è il *trust*, l'atto *inter vivos* o *mortis causa* mediante il quale un costituente (*settlor*) affida la gestione di un patrimonio separato ad un *trustee* nell'interesse di uno o più beneficiari. Lo strumento può prestarsi a diversi obbiettivi, soprattutto con esso è possibile pianificare la trasmissione e la gestione di complessi patrimoniali, garantendo la conservazione della destinazione economica loro impressa, tenendo conto sia della natura che della funzione dei beni destinati che dei bisogni dei soggetti beneficiari[48]. La donazione indiretta va ulteriormente distinta dal negozio simulato in quanto nel negozio indiretto le parti vogliono tutti gli effetti dell'atto posto in essere – nonché ulteriori effetti, non risultanti dall'atto – mentre nella simulazione le parti desiderano, almeno parzialmente, evitare la produzione degli effetti del negozio posto in essere.

La donazione indiretta rientra, dunque, nella fattispecie del negozio indiretto, che sussiste qualora «un determinato effetto giuridico non viene perseguito direttamente, ma mediante una via traversa»[49], e richiede la necessità dell'intermediazione giuridica, che si rinviene negli esempi summenzionati.

Nel sussumere un negozio all'interno della donazione indiretta verranno in rilievo i criteri menzionati in precedenza: qualora si accolga la tesi – invero minoritaria – dell'acausalità del negozio donativo, si rivelerebbe difficile individuare una metodologia sistematicamente diretta all'inquadramento di un negozio nella donazione indiretta o diretta, costituendo la causa elemento fondamentale di distinzione fra una e l'altra. Si potrebbe, seguendo tale opinione, affermare che ogni negozio realizzante l'arricchimento di una parte a favore dell'altra costituisce una donazione nulla per mancanza di forma; ma la tesi opposta apparirebbe parimenti valida: la mancanza della causa all'interno del contratto di donazione, come postula la tesi in esame, semplicemente non consentirebbe di tenere presente tale elemento essenziale come criterio di confronto rispetto la causa del negozio scelto per effettuare la donazione indiretta[50]. Tale esito appare certamente non condivisibile, e – come detto – non è condiviso dalla dottrina e giurisprudenza prevalenti. Pertanto, non si può ipotizzare che la donazione sia, semplicemente, priva della causa. Allo stesso modo, appare non condivisibile la tesi oggettiva sulla donazione, che si limita ad individuare la causa donativa nel mero depauperamento patrimoniale del donante, senza tenere in conto l'*animus donandi*.

---

48 D'Auria, *op. cit.*, p. 79.

49 Torrente, Schlesinger, *op. cit.*, p. 668; esempi di via traversa sono i negozi appena evidenziati che, si noti bene, sono tutti dotati di causa autonoma.

50 Rispetto l'acausalità del contratto di donazione vedasi Perozzi, *op. cit.*, p. 323 ss.

Preferibile risulta la c.d. teoria soggettiva, che potrebbe comportare notevoli risvolti pratici rispetto alla sussunzione dei negozi liberali all'interno della donazione *ex* art. 769 c.c. (con i conseguenti oneri di forma), comportando drastiche limitazioni rispetto alla possibilità di sussumere un atto all'interno della fattispecie della donazione indiretta: qualora, infatti, la causa fosse identificabile nell'*animus donandi* si dovranno considerare nulli gli eventuali negozi utilizzati per porre in essere le donazioni indirette per mancanza di forma.

Ad avvalorare quest'ultimo orientamento è sopraggiunto l'intervento della Suprema Corte che ha affermato come «l'intento di donare, quale volontà del donante diretta a compiere a favore di un altro soggetto un'attribuzione patrimoniale gratuita, priva cioè di controprestazioni, consiste nella coscienza del donante del compimento di un'elargizione patrimoniale ad altri in assenza di un vincolo giuridico che determini tale comportamento. Pertanto, lo spirito di liberalità richiamato dall'art. 769 c.c. si identifica non con un intento benefico o altruistico, ma con lo scopo obiettivo che si raggiunge attraverso il negozio e che ne costituisce la causa, cioè, la gratuita attribuzione del bene al donatario»[51], distinguendo quindi la causa dalla forma.

La tesi è, in definitiva, da condividere. In tal senso sarà quindi possibile sussumere un negozio all'interno della fattispecie donativa sulla base della sua causa. In altre parole, qualora le parti decidano di utilizzare la forma del contratto di donazione *ex* art. 769 c.c., la causa andrà a ricercarsi nell'*animus donandi*, configurandosi quindi un atto come donazione – eventualmente nulla per mancanza di forma – qualora manchi una diversa e autonoma causa.

In conclusione, si classificherà una liberalità come donazione sulla base dei vantaggi patrimoniali trasferiti da una parte all'altra in mancanza di corrispettivo, accompagnati però dall'*animus donandi*; rilevante sarà peraltro (come chiarito nelle recenti sentenze Cass., Sez. Unite, 27 luglio 2017[52], n. 18725 e Cass., Sez. Civ. II, 28 febbraio 2018, ord. n. 4682[53]) la presenza o la mancanza di un rapporto triangolare di intermediazione giuridica[54].

L'intermediazione giuridica, infatti – costituita dalla presenza di un negozio con causa autonoma già disciplinato dall'ordinamento (si pensi agli esempi illustrati nelle righe precedenti) – , è altresì elemento

51 Cass., 16 Ottobre 1976, n. 3526.

52 Cass., 27 Luglio 2017, n. 18725.

53 Su cui si tornerà alla fine del presente articolo.

54 L'intermediazione giuridica è peraltro l'elemento distintivo degli esempi precedentemente illustrati di contratto in favore di terzo e vendita a prezzo inferiore del bene; in sostanza risulta pacifico che si abbia donazione indiretta nei casi in cui si conclude un contratto tipizzato (anche qualora esso sia concluso con un soggetto diverso dal beneficiario della donazione indiretta, come nel caso del contratto in favore di terzo).

che consente di escludere l'applicabilità della teoria oggettiva sulla causa della donazione, teoria che non contempla rapporto di intermediazione. Per tale ragione questo orientamento è da respingere, alla luce dell'unilaterale orientamento della giurisprudenza che, come detto, fonda la distinzione fra donazioni dirette ed indirette sul criterio dell'intermediazione giuridica.

Rispetto, infine, alla rinuncia di comproprietà e la qualificazione di questa come donazione indiretta è necessario indagare la natura della rinuncia stessa. Benché sia in effetti discussa la natura non negoziale[55] o negoziale[56] della rinuncia, è comunque opinione nettamente maggioritaria in dottrina che la rinuncia non abbia causa autonoma[57]. Non risulterebbero dunque soddisfatti i requisiti evidenziati come necessari dalla pronuncia di Cass., Sez. Civ. II, 28 febbraio 2018, ord. n. 4682[58], perché si possa configurare una donazione indiretta: l'utilizzo di un negozio avente causa autonoma.

In altra pronuncia, tuttavia[59], che si ritiene dirimente rispetto il rapporto fra rinuncia di proprietà e donazione indiretta, e dalla quale l'analisi del presente lavoro prende le mosse, la prima fattispecie viene sussunta all'interno della seconda. Una volta analizzata tale pronuncia, è opportuno concentrarsi ora su ulteriori decisioni di rilievo, così da ricostruire un quadro unitario e – il più possibile – esaustivo per poter comprendere quando un atto si possa qualificare come donazione indiretta.

55 Tesi sostenuta da una parte della dottrina sulla base dell'apparente impossibilità di impedire l'accrescimento dei comproprietari, in quanto questo opererebbe automaticamente e contestualmente in seguito alla rinuncia stessa, causando una corrispondente espansione del loro diritto, ed in tal senso si è affermato che la rinuncia è unilaterale e non richiede l'intervento di coloro sui quali si produrranno i suoi effetti. Sul punto si confronti Brizzolari, *op. cit.*, p. 187 ss. e altresì si confronti Piras, *La rinunzia nel diritto privato*, Napoli, 1940.

56 Ciò sulla base del principio generale per cui l'accrescimento del diritto di comproprietà comporterebbe non solo vantaggi ma anche oneri, di natura ad esempio tributaria, e dunque deve sempre sussistere la possibilità di rifiutare l'accrescimento, nonché sulla base dell'analogia con la rinuncia tipica del diritto ereditario, che ha natura negoziale. Si confronti sul punto Cariota Ferrara, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1966, p. 124 ss.

57 *Contra*, Riva, *Rinuncia abdicativa al diritto di proprietà*, in `https://www.federnotizie.it/rinuncia-abdicativa-al-diritto-di-proprieta/`, il quale evidenzia che la rinuncia ha causa autonoma, ma non nel caso in cui questa sia inserita in un negozio bilaterale «in quanto il negozio, trovando giustificazione nella corrispettività della prestazione diviene negozio dispositivo-traslativo».

58 Su cui si tornerà alla fine del presente articolo.

59 Cass., 25 febbraio 2015, n. 3819.

Ricerche giuridiche e-ISSN 2281-6100
7, 1, 2018, 47-66

6 Ulteriori pronunce contrarie alla sussunzione della rinuncia di proprietà nella donazione indiretta

La prima pronuncia di rilievo è la sentenza di Cass., SS.UU., 27 luglio 2017, n. 18725[60], riguardante un trasferimento di cifra di valore non modico senza atto pubblico a mezzo di bonifico bancario. La Corte, dopo aver richiamato alcune delle fattispecie più note già riconosciute come donazioni indirette da parte della giurisprudenza, nega tale caratterizzazione nel caso di specie definendo l'operazione posta in essere in tali circostanze come «donazione tipica ad esecuzione indiretta»[61]. La Corte argomenta la sua decisione evidenziando che nel caso in esame «il trasferimento non si realizza attraverso un'operazione triangolare di intermediazione giuridica ma, più semplicemente mediante un'attività meramente gestoria dell'ente creditizio»[62] affermando peraltro l'impossibilità della banca di rifiutare l'ordine impartitole dal delegante – purché la disponibilità del conto corrente sia bastevole – e distinguendo, infine, il «bancogiro» dalla delegazione *ex* art. 1269 c.c.

La sentenza evidenzia poi la differenza – rispetto il caso in esame – delle fattispecie col contratto a favore di terzo[63] e della co-intestazione del deposito bancario[64].

La sentenza in esame si incardina in un *fil rouge* giurisprudenziale[65] (nonché dottrinale[66]) volto ad evidenziare, come si avrebbe una donazione indiretta, e non una donazione nulla per mancanza del rispetto della forma prevista all'art. 782 c.c., ogni qualvolta si utilizzi lo strumento di un negozio con causa autonoma previsto dall'ordinamento, come ad es. il contratto a favore di terzo; viene ritenuto dunque necessario accompagnare lo spirito di liberalità ad una intermediazione giuridica.

Nella vicenda oggetto della sentenza considerata manca proprio l'attività triangolare di intermediazione giuridica che sarebbe stata necessaria, sulla base della ricostruzione della Corte, per sussumere la vicenda nell'alveo della donazione indiretta. Nella sentenza di Cass.,

60 Cass., 27 luglio 2017, n. 18725.

61 Cass., 27 luglio 2017, n. 18725.

62 Cass., 27 luglio 2017, n. 18725.

63 Chiarendo che in questo caso il terzo stesso nessun diritto potrebbe vantare nei confronti della banca mentre l'ordine di bonifico ha natura di negozio giuridico unilaterale.

64 In quanto in tal caso si ha disponibilità di versamenti non effettuati.

65 Si vedano a tal proposito le sentenze di Cass., 25 febbraio 2015, n. 3819; Cass., 21 ottobre 2015, n. 21449; Cass., 20 maggio 2014, n. 11035.

66 Si confrontino, a tal proposito, i numerosi esempi riportati da D'Auria, *op. cit.*, p. 79, già evidenziati in precedenza.

Sez. Civ. II, 25 febbraio 2015, n. 3819[67] viene operata, infatti, la sussunzione della fattispecie all'interno della donazione indiretta, benché lo strumento utilizzato per il trasferimento patrimoniale non sia un negozio con causa autonoma già tipizzato dall'ordinamento, ma un mero potere, quello rinunciativo, che come chiarito non ha causa autonoma.

Non solo, la possibilità di sussumere un atto di trasferimento patrimoniale come donazione indiretta solo qualora si utilizzi un apposito negozio con causa autonoma è stato ribadito nella parte iniziale dell'ordinanza di Cass., Sez. Civ. II, 28 febbraio 2018, ord. n. 4682[68].

Tale pronuncia vorrebbe, nelle sue conclusioni, aiutare a chiarire se un trasferimento patrimoniale sia una donazione diretta (nulla per mancanza di forma) o indiretta (e dunque valida). Afferma infatti la Corte in tale provvedimento che: «nella donazione indiretta la liberalità si realizza, anziché attraverso il negozio tipico della donazione, mediante il compimento di uno o più atti che, conservando la forma e la causa che è a essi propria, realizzano, in via indiretta, l'effetto dell'arricchimento del destinatario, sicché l'intenzione di donare emerge non già, in via diretta, dall'atto o dagli atti utilizzati, ma solo, in via indiretta, dall'esame, necessariamente rigoroso, di tutte le circostanze di fatto del singolo caso, nei limiti in cui risultino tempestivamente e ritualmente dedotte e provate in giudizio da chi ne abbia interesse»[69].

Nella pronuncia in esame la Corte sembra aver, dunque, seguito la c.d. teoria oggettiva. Infatti, la S.C. evidenzia come elemento principe per sussumere un atto all'interno della donazione diretta o indiretta sia l'utilizzo di un negozio con causa autonoma, escludendo completamente l'analisi sulla presenza *dell'animus donandi* nella liberalità che ha comportato il contestuale arricchimento del beneficiario e la diminuzione patrimoniale del donante, che può sussistere – per la Corte – anche esternamente all'atto. La ricostruzione della Corte non è diversa da come la dottrina aveva elaborato la teoria oggettiva, secondo cui la causa della donazione è da ricercare nel mero depauperamento patrimoniale di una parte accompagnato da un medesimo vantaggio acquisito da un diverso soggetto.

La prima parte della ricostruzione operata dalla Corte sembra però contraddire la conclusione del provvedimento (assai più condivisibile), in cui si afferma che «l'atto di cointestazione, con firma e disponibilità disgiunte, di una somma di denaro depositata presso un istituto di credito che risulti essere appartenuta ad uno solo dei contestatari, può essere qualificato come donazione indiretta solo quando sia verificata l'esistenza dell'«animus donandi», consistente nell'accertamento che

67 Cass., 25 febbraio 2015, n. 3819.

68 Cass., 28 febbraio 2018, ord. n. 4682.

69 Cass., 28 febbraio 2018, ord. n. 4682.

il proprietario del denaro non aveva, nel momento della detta cointestazione, altro scopo che quello della liberalità». La parte finale della decisione non sorprende e – in tale circostanza – il ragionamento giuridico che ha condotto la sussunzione della fattispecie all'interno della donazione indiretta è perfettamente condivisibile: l'attività dell'ente creditizio, infatti, non è meramente gestoria (e mancante dunque della intermediazione giuridica), e sulla base degli stessi principi evidenziati già nella tesi illustrata in apertura del presente scritto, è indispensabile, per la qualificazione di un negozio come donazione diretta, che sussista anche l'*animus donandi*.

Concludendo su tale pronuncia, è possibile immaginare che la Suprema Corte, chiarita solo alla fine la necessità dell'*animus donandi*, semplicemente abbia omesso di riportare tale requisito nel ragionamento iniziale, avendo comunque escluso che si trattasse – nel caso *de* quo – di donazione indiretta sulla base del solo fatto che mancasse l'intermediazione giuridica.

7 Conclusioni

Il potere di rinunciare ad un proprio diritto di comproprietà è in definitiva una potestà imprescindibile riconosciuta dall'ordinamento. Tale facoltà può costituire elemento di grande interesse da parte di alcuni comproprietari (nello specifico di beni immobili), che potrebbero così evitare di essere onerati al pagamento delle relative imposte, nonché evitare di incorrere nella responsabilità oggettiva prevista a carico dei proprietari stessi in alcune circostanze, qualora l'immobile non fosse per questi di alcuna utilità e decidessero, quindi, di rinunciare al diritto di comproprietà.

In tal senso gli esaminati pronunciamenti dell'Avvocatura di Stato e del Tar Piemonte costituiscono le basi per porre delle comprensibili limitazioni, anche in una prospettiva *de iure condendo*, ai possibili rischi che un ricorso eccessivo alla rinuncia di comproprietà immobiliare potrebbe comportare.

La rinuncia di comproprietà immobiliare – ad ogni modo – pone problematiche ulteriori e ben diverse all'attenzione degli interpreti. Tale atto infatti consente di liberarsi del proprio diritto generando un'acquisizione in capo ai comproprietari, con la conseguenza che i rischi evidenziati dall'Avvocatura di Stato e della pronuncia del Tar Piemonte, non possono concretizzarsi, dal momento che le preoccupazioni espresse da tali soggetti riguardano esclusivamente l'imputabilità di oneri a carico dello Stato.

Ciononostante, la rinuncia di comproprietà produce esiti su cui è stato opportuno soffermarsi: innanzitutto comporta una modificazione (non sempre positiva) per la sfera giuridica degli altri comproprietari, alterandone il patrimonio. Inoltre, la rinuncia di comproprietà compor-

terà effetti assai diversi a seconda che sia qualificata come donazione indiretta o diretta; peraltro – come evidenziato – non sussiste la possibilità di impedire tale effetto in capo al comproprietario, ma la rinuncia può tuttavia consentire (qualora fatta su un bene in comproprietà) di nascondere il reale intento del rinunciatario: quello donativo.

La Cassazione ha in definitiva evidenziato come elementi necessari alla sussunzione di un atto nell'alveo della donazione indiretta debbano essere l'intermediazione giuridica[70] o l'utilizzo di un negozio con causa autonoma[71]. Si dovrà dunque ricercare una fattispecie già tipizzata all'interno dell'ordinamento per realizzare una donazione indiretta[72]. Ad uno di questi elementi sarà in ogni caso indispensabile, come chiarito, affiancare lo spirito di liberalità.

Relativamente alla rinuncia, benché sia tutt'altro che minoritaria in dottrina la tesi che riconosce a tale atto la qualifica di negozio, non trova affatto seguito la tesi asserente la sussistenza della causa autonoma della rinuncia, che – come riportato – non ha (quasi) trovato adesioni fra gli interpreti.

Non solo, la rinuncia – è appena il caso di evidenziarlo – manca anche della intermediazione giuridica, elemento qualificato come necessario dalla Suprema Corte per sussumere un atto in donazione indiretta: l'effetto rinunciativo infatti è mera conseguenza dell'esercizio di una potestà del comproprietario rispetto la propria quota e non è legato ad un rapporto con un soggetto terzo (come non lo è neppure con il comproprietario, che vedrà accrescere la propria quota).

Diversamente, la Corte di Cassazione ha mancato, nella sentenza Cass., Sez. Civ. II, 25 febbraio 2015, n. 3819 di analizzare gli elementi propri della donazione che – come chiarito dalla teoria soggettiva della causa donativa – consistono nell'*animus donandi* e nell'arricchimento del donatario accompagnato dal corrispondente impoverimento del donante.

Ebbene, ad un più attenta analisi della vicenda non si può che riconoscere la presenza di entrambi all'interno del caso in esame, che quindi si incardina all'interno della fattispecie donativa, e non già in quella della donazione indiretta. E dunque è possibile affermare, in linea di massima, che la rinuncia di comproprietà, effettuata con in-

70 Tale elemento è tipico dei rapporti bancari, come chiarito da Cass., 27 luglio 2017, n. 18725.

71 La Suprema Corte ha richiamato tale necessità in Cass., 28 febbraio 2018, ord. n. 4682.

72 Oltre a tutto ciò occorrerà, giova qui ripeterlo, che l'atto ottenga l'effetto dell'altrui arricchimento non direttamente, onde essere qualificato come donazione indiretta. È questo l'unico aspetto effettivamente ravvisabile nel caso, ampiamente esaminato, della pronuncia del 2015 della Suprema Corte, dal momento che l'effetto espansivo del diritto di comproprietà per il soggetto che beneficia dell'altrui rinuncia è meramente contestuale ad esso, mancando un legame causale.

tento liberale ed in forma scritta, costituisce una donazione nulla per mancanza di forma e non una donazione indiretta, mancando comunque l'elemento dell'intermediazione giuridica.

Al contrario, è possibile affermare che si sussumerà un'attribuzione patrimoniale nelle donazioni indirette qualora all'intento liberale si accompagni l'utilizzo di un negozio con causa autonoma o – in alternativa – si utilizzi un rapporto triangolare di intermediazione giuridica.

e-ISSN 2281-6100

Ricerche giuridiche
Vol. 7 - Num. 1– Giugno 2018

Suggestioni per una tipologia di interazioni tra diritto e mercato

Chiara Garbuio
Dottoranda di ricerca in Diritto, mercato e persona nell'Università Ca' Foscari Venezia, Italia

Vito Bevivino
Dottorando di ricerca in Diritto, mercato e persona nell'Università Ca' Foscari Venezia, Italia

Abstract Starting from the traditional 'law and marketplace' hendiadys, the paper analyses this relationship as a combination of two phenomenal realities with a methodology aimed to capture a functional relations between them. In order to achieve this aim, three types of interaction between law and marketplace – comparison, concretization and conception – were examined. They demonstrate the possibility of reconciling two semantics that are frequently considered non-convergent.

Keywords Law and marketplace. Functional relation. Comparison. Interaction. Legal essentialism.

Edizioni Ca'Foscari

Open access

Citation Garbuio, Chiara; Bevivino, Vito (2018). "Suggestioni per una tipologia di interazioni tra diritto e mercato". *Ricerche giuridiche*, 7(1), 67-82.

DOI 10.30687/Rg/2281-6100/2018/01/005

1 Premessa*

Una delle questioni teoriche più note che interessano il rapporto tra mercato e diritto riguarda la spiegazione della loro reciproca esistenza. Vi è, infatti, chi guarda alla relazione pensando il mercato senza diritto, o, meglio, senza un diritto imposto, ma con regole proprie basate su pochi essenziali elementi di ordine, per così dire, naturale: il contratto, la proprietà, il soggetto, la certezza degli scambi. Mentre, vi è chi guarda alla medesima relazione rilevando l'incapacità del mercato di auto-sostenersi, attribuendo al diritto questa specifica funzione poiché ritiene che le regole e la garanzia della loro applicazione consentano la certezza degli scambi e quindi, appunto, l'esistenza del mercato[1].

Queste linee di tendenza, per quanto di difficile composizione, sembrano confluire nel pensiero neo-liberale[2]. Ma i tratti di quest'ultimo, se pure funzionalmente concepibili, almeno da un punto di vista giuridico, sono di difficile identificazione e riduzione a unità. Essi presentano un diffuso sviluppo di sistemi disciplinari non coordinati, che costituiscono *network*[3], e, su un diverso piano, una non espressa, o, almeno, non apparente relazione con i principi, in vero mai dichiarati, dello stesso pensiero neo-liberale[4].

* Il testo che qui si propone arricchito di alcune considerazioni e dell'apparato bibliografico è presentato in traduzione a conclusione dei *Rencontres doctorales des Ecoles de Nanterre et Venise "Le droit et le marché"* (Université Paris Nanterre) come rapporto con il titolo «Amore e dis-amore: suggestions pour une typologie des interactions du droit et du marché» dal gruppo di lavoro composto anche da Mirco Caeran, Robin Medard, Nathalie Mihman, François Curan. Per esigenze espositive il tono e la misura non sono quelli dell'incontro.

Per quanto frutto di un comune sentire, i paragrafi del testo possono essere così attribuiti: i parr. 4, 4.1, 4.2, 4.3 a Chiara Garbuio; i parr. 1,2, 3 a Vito Bevivino, il par. 5 a entrambi. Gli autori si dimostrano inoltre disponibili a riconoscere in qualunque momento la paternità ai partecipanti ai lavori.

Si ringrazia i professori delle Università di Parigi e Venezia, *discussant* del *rapport*, per le notazioni di cui si è tenuto conto nello scritto, si tratta dei professori Carmelita Camardi, Adalberto Perulli, Marc Pichard, Tatiana Sachs, Arnaud Sée, Alessandra Zanardo. Si ringrazia anche il *referee* anonimo per le osservazioni e le indicazioni.

1 Non si può qui dar conto di una sia pur minima letteratura sul tema, alcuni recenti riferimenti sono nelle pagine introduttive alle relazioni rassegnate in occasione del convegno dal titolo *Theorizing Contemporary Legal Thought*, per cui si v. Blocher, Krawiec, *Foreword: How To Think About Law and Markets, Law and Contemporary Problems*, 80, 2017, p. 1 ss., e ivi i saggi a seguire; cui *adde* Blalock, *Neoliberalism and the Crisis of Legal Theory, Law and Contemporary Problems*, 77, 2014, p. 73 ss.; Desautels-Stein, *The Market as a Legal Concept*, *Buffalo Law Review*, 60, 2012, p. 387 ss., p. 459 ss.

2 Per una sintesi del rilievo del diritto nel pensiero neoliberale cfr. Cohen, *Governance Legalism: Hayeck and Sabel on Reason and Rules, Organization and Law*, in *Wischonsin Law Review*, 2010, p. 357 ss.

3 Levi-Faur, *Regulatory capitalism and the reassertion of public interest, Policy and Society*, 27, 2009, p. 181 ss.; Vogel, *Freer Markets, More Rules: Regulatory Reform in Advanced Industrial Countries*, Ithaca-London, 1996, *passim*.

4 Sull'incidenza del tema sulla teoria generale v. Blalock, *Neoliberalism and the Crisis of Legal Theory*, cit.

Quel che resta centrale e forse realmente caratterizzante è che alcuni argomenti del diritto dei borghesi, su cui si è fondato il diritto privato degli stati a partire dal codice dei francesi, molto frequentati dall'analisi giuridica ed economica[5], come *il soggetto* (e la sua *autonomia*), *la società*, *il diritto*, sono stati orientati e, in definitiva, identificati con il mercato o le sue strutture, o, a voler ridurre questo rapporto, si è almeno stimato di sottoporli al controllo e alla gestione del mercato medesimo.

Tutto ciò è avvenuto apertamente e dichiaratamente fino alla crisi finanziaria del 2007-2008, e, in Europa fino al 2011; in via inerziale e tralatiziamente da quel momento in avanti. Poiché, se è vero che il decennio è stato segnato da una inedita operazione di regolazione e potenziamento delle autorità di vigilanza, che ha riportato, di fatto, o, almeno, nelle intenzioni, l'asse della produzione normativa dal privato al pubblico, quest'ultimo nel suo operare si trova sempre e comunque davanti profili e motivazioni spiccatamente privatistici e mercantili quali sono la stabilità economica e finanziaria, entrambe finalizzate al mercato comune globale[6] od europeo che sia[7].

In questo processo, al di là della difficoltà di identificare segni definiti di queste tendenze, quel che rimane evidente è la esclusione dai processi di valutazione e di analisi dei rapporti tra sistemi[8], così come, l'aumento esponenziale del livello di tecnicità di alcuni sottosistemi che pur settoriali per definizione, hanno ricaduta sistemica[9].

Ciò implica due conseguenze di rilievo, una, forse più conosciuta, che riguarda la cessione del dominio della rappresentatività nel controllo della produzione normativa[10], l'altro, ancora più difficile da spiegare, che constata la cessione del domino del controllo tecnico del giurista a chi giurista, o solo giurista, non è più.

---

5 In questo senso le classiche pagine di Coase, *Impresa, mercato e diritto* (trad. it.), Bologna, 2006, *passim*; e la riconsiderazione critica di uno dei maggiori esponenti dell'analisi economica del diritto Posner, *La crisi della democrazia capitalistica* (trad. it), Milano, 2014, *passim*.

6 In tal senso v. OECD, *Regulation is a Key Tool for Achieving the Social, Economic and Environmental Policy Objectives of Governments*, in OECD, 2014.

7 Sugli effetti della regolazione successiva alla crisi, in luogo di molti, Black, *Paradoxes and Failures: 'New Governance' Techniques and the Financial Crisis*, in *The Modern Law Review*, 75, 2012, pp. 1037-1063; sul rapporto tra *law* e *regulation*, Banakar, *Normativity in Legal Sociology. Methodological Reflections on Law and Regulation in Late Modernity*, *Cham-Heidelberg-New York-Dordrecht-London*, 2015, *passim*, spec. p. 265 ss.

8 Denozza, *Regole e mercato nel diritto neoliberale*, in *Regole e mercato*, a cura di Rispoli Farina, Sciarrone Alibrandi e Tonelli, Torino, 2017, XV ss., *passim*.

9 Rispetto ai quali si presentano problemi di identificazione del sistema, o, se si vuole, delle fonti, e di metodologia del loro studio, in arg. Camardi, *Certezza e incertezza nel diritto privato contemporaneo*, Torino, 2018, *passim*, p. 168 ss., p. 171 ss., testo e nt. 14.

10 Blalock, *Neoliberalism and the Crisis of Legal Theory*, cit., p. 87 ss.

2 L'affermazione di uno «stile giuridico neo-liberale»

Benché il fenomeno neo-liberista sia di difficile riduzione, per alcune letture esso ha una sua forma nell'area del diritto, sì da poter suggerire l'idea di uno «*stile giuridico neoliberale*» il quale si sarebbe proposto e affermato negli ultimi decenni nella produzione, nell'applicazione e nell'elaborazione teorica del diritto e delle norme.

Le caratteristiche che lo identificano, distinguono lo stile neoliberale sia dal liberismo keynesiano–fordista, sia, a maggior ragione, dal liberismo per così dire classico. I rapporti tra diritto e mercato sarebbero, quindi, rapporti neo-liberali, denotati da un livello di elaborazione ideologica, se si vuole, più trattenuta o, comunque, non tali da identificarne i presupposti e lo sviluppo in maniera, per così dire, forte[11].

L'identificazione dello *stile giuridico neo-liberale* – così, in ipotesi, come di ogni altra teoria che contribuisca a spiegare la produzione giuridica più recente come espressione di un pensiero, se non di una ideologia, accostabile per coerenza di senso e principi – consente di comprendere con maggiore immediatezza le modalità e il significato della produzione normativa degli ultimi decenni. Infatti, uno dei passaggi più rilevanti della produzione del pensiero (giuridico) che si auto-definisce post-ideologico è l'assenza di una ideologia auto-definita – seme, questo, che, in verità, si offre al pensiero da quando, all'esito di alcuni processi storici, si è pensato di presentare un diritto a-valutativo e a-ideologico[12].

Il pensiero neo-liberale ha lasciato allignare l'idea che il mercato non necessitasse del diritto per la sua regolazione, ma che fosse capace di autoregolarsi[13].

La puntualizzazione vale a riflettere l'idea che non sia stata tanto la dottrina liberale a smentire i rapporti tra diritto e mercato, di cui non si trovano nelle ultime decadi formulazioni, per così dire, forti[14], quanto uno «*stile giuridico neo-liberale*» che al più si richiama alle dottrine liberali, non possedendone però né i caratteri, né l'orizzonte

11 La proposta esegetica si deve a Denozza, *Regole e mercato nel diritto neoliberale*, cit., p. XV s., testo e nt. 1, ove riferimenti anche al neoliberalismo il quale, presentato come "*New Liberal Speak*", è stato considerato come la nuova vulgata del pianeta, in arg. Boudieu, Wacquant, *New Liberal Speak. Notes on the New Planetary Vulgate, Radical Philosophy*, January/February, 2001, 105.

12 In arg. Denozza, *In viaggio verso un mondo re-incantato? Il crepuscolo della razionalità formale nel diritto neoliberale*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 2016, p. 419 ss., p. 438 ss.; Blalock, *Neoliberalism and the Crisis of Legal Theory*, cit., p. 91 s.; per un'associazione del tema in chiave storico-culturale cfr. Cappellini, *Scienza civilistica, 'rivoluzioni' industriali, analisi economica del diritto: verso una neopandettistica 'involontaria'?*, in *Quaderni fiorentini*, 15, 1986, p. 523 ss., *passim*, p. 529 s.

13 Blalock, *Neoliberalism and the Crisis of Legal Theory*, cit., p. 83 ss.

14 E infatti v. Cohen, *Governance Legalism*, cit., *passim*.

culturale, ma con le cui istituzioni, semmai, tende a identificarsi in un processo di mimesi molto più ampio[15].

Sebbene non (auto-)dichiarati, i caratteri dello *stile* possono essere individuati nella «intensificazione delle produzione di regole», esito paradossale della ideologia della deregolamentazione; nella «frammentazione dell'ordinamento»[16] – ammesso che il fenomeno non sia in atto già da tempi più risalenti[17] –; nella difficile valutazione della coerenza dei contenuti rispetto agli intenti dichiarati[18]; nella progressiva erosione della differenza tra diritto pubblico e diritto privato; nella decadenza della *rule of law* e nel moltiplicarsi della presenza che l'invadenza di autorità amministrative ha prodotto. Lo stile giuridico neoliberale realizza quindi la decostruzione dell'apparato tecnico del diritto dei borghesi – incentrato sugli istituti del soggetto, della proprietà, contratto – attraverso l'esasperazione di ogni singolo elemento[19].

Se si considera, quindi, la costante organicità del rapporto tra diritto e mercato[20], nonostante non sia sempre emersa con chiarezza come costante del pensiero liberale, il problema, come è stato ricordato, di uno *stile giuridico neo-liberale* è che all'individuazione dei suoi caratteri esso si presenta, piuttosto, in maniera tale da distinguersi dal liberale che costituisce una parte rilevante delle costruzioni normative del diritto degli stati moderni che nella formulazione dell'idea di sistema e dell'apparato tecnico del diritto della classe borghese si era servito per consentirne l'affermazione e la prosperità.

Considerato quindi il processo mimetico adottato dallo *stile giuridico neo-liberale* rispetto al processo diffuso di regolamentazione e al positivismo statuale, fissare alcuni punti fermi pare utile al riconoscimento delle formule di normazione del rapporto tra diritto e mercato e delle modalità con cui esse ricorrono.

---

15 Blalock, *Neoliberalism and the Crisis of Legal Theory*, cit., p. 85 s.

16 Denozza, *Regole e mercato nel diritto neoliberale*, cit, XVII.

17 Si pensi già solo alla percezione della crisi dello stato in un'opera come quella di Romano, *L'ordinamento giuridico*, pubblicato per la prima volta nel 1918 e recentemente riproposto a cento anni dalla prima pubblicazione (Macerata, 2018), del resto tradotta e molto apprezzata in Francia.

18 Sia da un punto di vista tecnico, sia con gli scopi dichiarati di aumentare la protezione dei soggetti deboli (finendo per aumentare le disuguaglianze) che con quella di decentrare il potere (con la genesi di poteri sempre più forti in capo ad autorità di settore e l'evoluzione di imprese *too big to fail*); in arg., con diversi esiti, Levitin, *Safe Banking: Finance and Democracy, The University of Chicago Law Review*, 83, 2016, p. 357 ss.

19 In arg. Denozza, *Regole e mercato nel diritto neoliberale*, cit, *passim*.

20 In arg. v. Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari-Roma, 2003, *passim*; Alpa, *Giuristi e interpretazioni. Il ruolo del diritto nella società postmoderna*, Genova, 2017, p. 264 ss.

3 Alcuni punti fermi per provare a comprendere la relazione tra diritto e mercato

Ricorre quindi la necessità di rappresentare il tema, al compito possono assolvere in senso comunicativo alcuni modelli di lettura del giuridico e di analisi del reale secondo schemi di semplificazione a natura tipologica. Il ricorso a essi e al profilo *essenzialista* non appartiene, pertanto, a scelte di fondo circa la natura della giuridicità e alla sua rappresentazione ontologica, ma conserva un valore espressivo.

Per avere una riflessione feconda è indispensabile innanzitutto assegnare un significato univoco alle parole. Circa il mercato, secondo la teoria economica classica: a) esistono tre mercati: 1) beni e servizi; 2) capitali; e 3) lavoro; inoltre, b) il mercato è il luogo reale o virtuale in cui si incontrano domanda e offerta; e, più precisamente, c) il mercato è un istituto, una tecnica di coordinamento degli agenti attraverso l'uso della categoria del prezzo; d) il mercato non è una tecnica assiologicamente neutra, ma un luogo di attribuzione dei valori[21].

Dall'altro lato, per quando riguarda l'assunzione di un punto fermo nella definizione di diritto, ci si sposta su un piano ontologico, all'interno del quale ci si interroga, da molti secoli, su cosa il diritto sia. Al tema non si può dare certo qui risposta, per cui, con un minimo di arbitrarietà, che è necessario avere per portare avanti la ricerca, è utile adottare un approccio pragmatico che permetta di proporre uno sviluppo fecondo nell'interazione tra diritto e mercato[22].

Tuttavia, per precauzione metodologica, si sottolinea il fatto che la nozione di normatività giuridica alla quale per il momento si ricorre in maniera stipulativa, è volontariamente dissociata dalla normatività economica. Quest'ultima impone due precisazioni: la prima è che la distinzione tra normatività giuridica e normatività economica si basa su una visione *essenzialista* della normatività giuridica[23], la quale, a

21 Sulla definizione di mercato, in luogo di molti, Desautels-Stein, *The Market as a Legal Concept*, cit.; Irti, *Concetto giuridico di mercato e dovere di solidarietà*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, p. 185 ss.; Id., *Teoria generale del diritto e problema del mercato*, *ivi*, 1999, p. 1 ss.; in senso critico sulla necessità di una definizione, Kaplow, *Why (Ever) Define Markets?*, in *Harvard Law Review*, 124, 2010, p. 437 ss.

22 In letteratura si evidenzia il fatto che i concetti giuridici «una volta introdotti si arricchiscono di implicazioni e di significato alla luce della prassi inferenziale in cui sono coinvolti», cfr. Tuzet, *Sei tesi pragmatiste sul diritto*, in *Riv. di filosofia del diritto*, II, 2013, pp. 147-148; e v. già Ross, *On Law and Justice* [1958], *Diritto e giustizia* (trad. it.), Torino, 1965, pp. 137-148, per il quale i fattori pragmatici dell'interpretazione «consistono in considerazioni fondate su una valutazione della ragionevolezza pratica del risultato, giudicato in relazione a certe fondamentali valutazioni presupposte».

23 Si è scelto questo approccio per rispettare il comune accordo in cui lo spirito di questo scritto si inserisce, avvertendo il lettore che la visione *essenzialista* della normatività giuridica è solo una modalità di lettura dei profili in cui la normatività può considerarsi, e che qui viene proposta in senso rappresentativo; sul tema Gometz, *Le concezioni teleologiche del diritto nella lettura teorico-giuridica. Verso una classifica-*

sua volta, rinvia a un'*essenza* presupposta. In questa prospettiva, la normatività giuridica consisterebbe in una produzione continuativa di senso operata dall'universo giuridico alla ricerca della concretizzazione dei fini che esso stesso si attribuisce. Così, per essere giuridica, la normatività deve veicolare alcuni valori e rappresentazioni peculiari; queste ultime non corrispondono necessariamente ai valori e alle rappresentazioni veicolati dalle altre forme di normatività come, in ispecie, da quella mercatile[24]. La seconda precisazione riguarda il fatto che questo postulato metodologico, se è vero che è pratico, è contestabile[25] da quanti considerano la normatività giuridica come essere il prodotto di differenti razionalità, cioè a dire sociali, economiche – e così via.

Questa ricostruzione stipulativa permette di attribuire un significato (strumentale alla presente ricerca) al rapporto tra diritto e mercato, che rinvia per la soluzione al conflitto pre-esistente tra diritto e mercato.

4 Tipologia di interazioni: identificazione dei modi di incontro tra diritto e mercato

Si può quindi proporre una riqualificazione dell'endiadi diritto-mercato non come opposizione, ma piuttosto come confronto tra i due termini[26]. È possibile declinare il mercato alla luce di tre differenti prospettive: 1) secondo il punto di vista degli attori, vale a dire lo stato, da un lato, e gli attori economici, dall'altro; 2) secondo gli obiettivi, cioè a seconda che si prenda a riferimento l'interesse generale ovvero gli interessi privati; 3) secondo gli strumenti, ossia normatività giuridica, da un lato, ed economica, dall'altro.

Il passaggio successivo è quindi chiedersi come queste prospettive, o meglio, declinazioni si realizzino e, soprattutto, come si sovrappongano. È utile, a tal fine, il ricorso a una *tipologia di interazioni*, seguendo uno schema di derivazione sociologica[27], secondo cui la co-

zione, in *Soc. dir.*, 2011, p. 7 ss., *passim*, p. 21, nt. 38, 33; sulla concezione essenzialista, Moore, *Law as a Functional Kind*, in *Natural Law Theory*, a cura di George, Oxford, 1992, p. 206 ss., p. 211 ss.

24 Temi come quello dell'esistenza di "leggi giuste", o del rapporto tra diritto e morale, non possono qui certamente anche solo essere accennati, in luogo di molti, di recente, Viola, *Diritto e morale: una rilettura aggiornata*, in *Legalità ed etica pubblica*, a cura di Rovello e Viva, Assisi, 2015, p. 77 ss.

25 Ma risulta determinante ai fini dello sviluppo del ragionamento.

26 Utili in questo senso le considerazioni di Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*[2], Paris, 2016, *passim*.

27 Preso in prestito da Durkeim, *Le regole del metodo sociologico* (trad. it.), 1895, Torino, 2008.

Ricerche giuridiche e-ISSN 2281-6100
7, 1, 2018, 67-82

struzione di tipi permette «di semplificare il lavoro scientifico sostituendo alla molteplicità indefinita degli individui un numero ristretto di tipi (…) scrupolosamente scelti»[28]; insomma si tratta di partire dalla moltitudine per costruire, attraverso un processo conoscitivo di semplificazione, le principali direttrici di interazione tra diritto e mercato. Questa metodologia porta a formulare molteplici *tipologie di integrazione normativa* tra i due termini dell'endiadi.

Il primo tipo si plasma sulla base di una intuizione comune, vale a dire sulla esistenza di una contrapposizione irriducibile tra diritto e mercato, che si materializza nel conflitto della scelta dei valori da realizzare. Vi sarebbe una opposizione tra i valori che il diritto traduce e quelli che trovano espressione nel mercato. Il secondo tipo che si propone, invece, si basa su casi di concretizzazione della normatività giuridica mediante la razionalità economica, di modo che la prima (la normatività giuridica) attinga dalla razionalità economica. Infine, si è evidenziata una interazione che si è addirittura proiettata finanche alla concezione stessa della norma giuridica sotto l'influenza di una razionalità economica: in questo ambito l'interazione si gioca nel momento stesso della nascita della norma giuridica, la quale realizza spesso una razionalità economica.

Utilizzando una metodica per tipi, nota come la «tipologia delle tipologie»[29], che distingue quattro usi scientifici dei tipi[30], l'ambito in esame può essere ricondotto alla terza delle tipologie identificata dalla sistematica: vale a dire che i tipi proposti di interazione tra diritto e mercato si posano su una "rappresentazione di modello ideale" che permette di "schematizzare la realtà" al fine di "esporre una dimostrazione". Come sottolineato precedentemente, questa dimostrazione consisterà nel rimettere in causa la concezione *essenzialista* di normatività giuridica.

4.1 Primo tipo di interazione: il confronto

Questo primo tipo di interazione si basa sulla tensione tra diritto e mercato; vi è, in sostanza, una divergenza di interessi per cui l'interesse generale che detta l'azione dello Stato non corrisponde agli in-

28 Trad. degli Autori.

29 In arg. Larenz, *Storia del metodo nella scienza giuridica* (trad it.), Milano, 1970, *passim*; e già Weber, *L'oggettività conoscitiva della scienza sociale e della politica sociale* (1904), in Id., *Il metodo delle scienze storico-sociali* (trad. it.), Torino, 1977, pp. 53-142; più di recente a proposito della funzione del tipo nel diritto, Passerini Glazel, *La forza normativa del tipo. Pragmatica dell'atto giuridico e teoria della categorizzazione*, Macerata, 2005.

30 Per un suo apprezzamento in Francia, Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*[2], Paris, 2016, *passim*.

teressi privati che, invece, muovono l'azione degli attori economici all'interno del mercato.

Questa situazione di non conformità degli interessi non si tradurrebbe mai in reali tentativi di conciliazione. Anzi, questa indifferenza degli attori, congiunta a una divergenza degli interessi, genera l'opposizione della normatività giuridica e di quella economica. Questa opposizione di normatività sarebbe capace unicamente di tradursi in una relazione conflittuale e concorrenziale che riflette così l'esistenza parallela delle due realtà fenomenologiche.

Troviamo un paradigma di questo tipo di confronto in materia di diritto alla non discriminazione, in cui il divieto di comportamenti discriminatori sul luogo di lavoro può essere percepito come contrario a certi interessi economici sostenuti dagli attori del mercato. Poco importa che il comportamento discriminatorio rappresenti un vantaggio economico per le imprese: il diritto comunque le vieta, restringendo in tal modo il comportamento degli attori economici e imponendosi a essi. Dunque, la normatività giuridica si oppone alla normatività economica.

Un esempio ulteriore di questo confronto si riscontra laddove viene valutato l'impatto delle regole di diritto del lavoro sul mercato interno dell'Unione Europea attraverso la nozione di limitazione alla libertà di prestazione di servizi. Le norme di diritto del lavoro del paese ospitante, in materia di distacco dei lavoratori, sono considerate quali costi supplementari suscettibili di pesare sul datore di lavoro e, dunque, di disincentivare a fornire una prestazione di servizi in uno stato membro diverso da quello in cui l'impresa opera. La *ratio* che soggiace al controllo della limitazione è un calcolo di efficienza matematico che si applica indifferentemente a tutte le regole giuridiche. La normatività giuridica e la normatività economica si affrontano, allora, a detrimento della normatività giuridica.

Nel diritto amministrativo francese, questa tensione si è riscontrata per la prima volta con la giurisprudenza "*Ville de Pamiers*" del 1989 nella quale l'interesse generale sembra avere una esistenza parallela e autonoma e poco attenta al mercato concorrenziale. Il giudice amministrativo (*Tribunal de conflits*) aveva in quell'occasione dichiarato che "l'organizzazione del servizio pubblico di distribuzione dell'acqua alla quale provvede un consiglio municipale non è costitutivo di una [...] attività [di produzione, di distribuzione e di servizi]; che l'atto giuridico di devoluzione dell'esecuzione di questo servizio non è di per sé stesso suscettibile di impedire, di restringere o di falsare il gioco della concorrenza sul mercato". L'organizzazione del servizio pubblico e l'espletamento di una missione di interesse generale è stata allora considerata come priva di effetti sul funzionamento concorrenziale del mercato e traspariva, da questa giurisprudenza, la concezione di due dimensioni parallele, quella dell'interesse generale e

quella del mercato, senza che vi fosse reciproca influenza tra esse[31].

Questo confronto è peraltro visibile ancora nella polarizzazione degli interessi tra datore e lavoratore, rappresentando i termini di una tradizionale dicotomia, che ancora emerge chiaramente nel Diritto del lavoro e nelle riforme che lo hanno riguardato, perlomeno nel contesto dell'ordinamento italiano.

La legge n. 183/2014 (nota come *Jobs Act*), attuata in seguito da una serie di decreti legislativi, ha previsto che i contratti di lavoro a tempo indeterminato conclusi dopo la sua entrata in vigore si basino su un aumento progressivo delle tutele accordate ai lavoratori in base alla loro anzianità: in ipotesi di licenziamento illegittimo, infatti, salve talune e limitate ipotesi[32], non è prevista la reintegrazione del lavoratore, ma una indennità parametrata sull'anzianità di servizio[33] rendendo per il datore meno onerosi e più certi i costi dei licenziamenti. Allo stesso tempo non sono state soppresse forme contrattuali atipiche e flessibili di lavoro che ben si prestano ad adattarsi alle necessità organizzative e produttive delle imprese, con particolare riferimento alle disposizioni del contratto di lavoro intermittente. La riforma c.d. *Jobs Act*, che ha portato a termine un cambio di paradigma iniziato già qualche anno prima dalla l. n. 92/2012 (c.d. Riforma Fornero che ha iniziato a smantellare l'impianto dell'art. 18 della l. n. 300/1970), ha privilegiato l'interesse dell'impresa e il suo bisogno di certezza del diritto e prevedibilità delle soluzioni giurisprudenziali. Ma ha soprattutto messo in discussione il tradizionale archetipo del diritto del lavoro, cioè a dire quella stabilità del posto di lavoro sul quale la disciplina – e il contesto sociale e produttivo – si era sviluppata nel corso del XX secolo e che fino ad allora sembrava reggere anche e nonostante le aperture liberali che si erano fatte strada. Di talché, alla luce di un simile e deciso cambio di rotta, è parso che il legislatore italiano oscilli tra i due apparentemente inconciliabili interessi in maniera alternativa, preoccupandosi esclusivamente della tutela dei lavoratori (e del loro posto di lavoro), ovvero esclusivamente della flessibilità necessaria all'azienda, dimostrando una tendenziale incapacità di perseguire questi due obiettivi, invece, in maniera sinergica e congiunta.

31 In arg. Levi-Faur, *Regulatory capitalism and the reassertion of public interest*, cit.

32 Nello specifico, è prevista la reintegrazione in ipotesi di licenziamento nullo, discriminatorio, intimato in forma orale, per insussistenza del fatto materiale ovvero laddove difetti la giustificazione nel caso di disabilità fisica o psichica del lavoratore.

33 Per altro, l'utilizzo dell'anzianità di servizio come unico parametro per stabilire l'ammontare dell'indennità spettante al lavoratore illegittimamente licenziato è stato dichiarato incostituzionale nella sentenza n. 194/2018 della Corte costituzionale (v. *infra*), sul punto v. Perulli, *Una questione di "valore": il Jobs Act alla riprova di costituzionalità*, in *Dir. rel. ind.*, 4, 2017, p. 1059 ss.

4.2 Secondo tipo di interazione: la concretizzazione

In un secondo tipo di interazione, che possiamo declinare nel concetto di concretizzazione, diritto e mercato rinunciano all'opposizione per interagire: in questo modo la normatività giuridica trova concretizzazione per mezzo della razionalità economica. La tensione tra i due termini cede, quindi, il passo alla considerazione dell'autorità normativa della razionalità economica: è proprio attraverso questa autorità che gli imperativi che regolano l'attività degli attori del mercato possono intervenire in una specifica prospettiva e funzione, vale a dire quella della regolazione.

Si tratta di pensare la realizzazione delle regole del diritto e, più specificamente, di rendere questo procedimento più efficace, segnatamente pensando l'adattamento e l'evoluzione dei meccanismi di concretizzazione del diritto come vantaggio compatibile con la realtà degli attori del mercato.

Gli imperativi del mercato diventano, quindi, dei fattori di realizzazione del diritto. Sono presi in considerazione dei meccanismi di *soft law* – come le certificazioni – nelle rappresentazioni degli attori statali. La razionalità economica è ugualmente presa in considerazione nell'ambito giurisprudenziale, laddove l'autorità giudicante, attraverso le sentenze, la rende concreta. Dunque la normatività giuridica si munisce di una razionalità economica per la sua realizzazione.

Di questa tipologia i formanti giuridici francesi offrono alcuni esempi che risultano particolarmente chiarificatori del problema.

In materia di discriminazione, questo tipo di interazione tra diritto e mercato può essere rapportato allo sviluppo da parte delle imprese di strumenti di *soft law* come il certificato "Diversité" disciplinato dall'*Agence française de normalisation*. Il rispetto del diritto alla non-discriminazione acquisisce una valenza promozionale sul piano del *marketing*. Si conciliano così gli interessi alla lotta alla discriminazione con gli interessi degli attori del mercato, il che rende più efficace l'applicazione del diritto e in questa prospettiva si iscrive anche la considerazione dell'efficacia dei meccanismi di regolazioni delle liti per i casi di discriminazione. Basti pensare che lo sviluppo della mediazione istituzionale, e di dispositivi in luogo del tradizionale ricorso giudiziale, permette di giungere a una soluzione meno costosa per le imprese, ma che allo stesso tempo assicura l'effettività dell'interdizione della discriminazione. Talché la concretizzazione della regola di diritto è combinata con l'interesse alla riduzione dei costi per l'impresa.

Sotto un altro profilo, è noto che i mercati pubblici siano uno strumento per attuare forme di dirigismo economico. In Francia questo è chiaro da molto tempo, tanto che alcuni mercati si sono sviluppati in seguito ad alcune pronunce giurisprudenziali giustificate attra-

verso argomenti basati su ragioni di interesse pubblico economico[34]; le stesse pronunce, che hanno ad oggetto l'applicazione dell'istituto della risoluzione per motivo di interesse generale, ci dimostrano come la razionalità economica è stata alla base della concretizzazione di una norma giuridica.

4.3 Terzo tipo di interazione: la concezione

Un ultimo tipo di interazione tra diritto e mercato, che può considerarsi un prolungamento concettuale del precedente, concerne la fase ancora precedente alla implementazione delle regole di diritto, ma interviene, a monte, nella fase in cui lo Stato, così come le Istituzioni europee, applica la razionalità economica e gli imperativi che provengono dagli attori del mercato al concepimento delle regole medesime.

Insomma, i poteri pubblici, che si tratti del legislatore o degli organi giurisdizionali, tengono in debito conto la *ratio* economica al fine di ideare la regola di diritto più idonea a realizzarla. Prendere in considerazione la natura dei soggetti di diritto ai quali questa regola verrà applicata, in questo caso gli attori del mercato, così come la specificità del contesto in seno al quale gli attori e i loro interessi operano, giustifica, o per lo meno implica, una forma di conciliazione degli stadi della concezione della normatività: il giuridico e l'economico sono quindi interconnessi sin dall'inizio del processo normativo, rivelando un'unione di normatività giuridica ed economica.

Per esempio, si assiste a un incremento del numero degli enti pubblici coinvolti nella produzione regolamentare e alla moltiplicazione delle regole dal contenuto tecnico che veicolano una *ratio* economica. Da un punto di vista giuridico, un cambiamento di paradigma si verifica come conseguenza della modalità operativa, si è detto, di uno sti-

34 È noto il caso delle *Distillerie de Magnac Laval* del 1959. Prima del 1953 il valore economico dell'alcol si basava su due strumenti: il contingentamento e il contratto. Lo Stato acquistava una quota di alcol industriale fissato dalla legge essendo ogni distilleria tenuta a consegnare la quantità di alcol che gli era stata assegnata e lo Stato lo acquistava a un prezzo garantito. Successivamente questo sistema è stato integrato da un sistema di contratti. L'art. 368 del *Code Geneéral des Impots* autorizzava il direttore del servizio di alcolici a concludere con le distillerie dei contratti con i quali lo Stato si impegnava in un periodo di dieci o quindi anni ad acquistare la quantità di alcol che nei limiti fissati dal contratto sarebbe stata allo Stato offerta dalle distillerie in aggiunta alla quota legale. La funzione di questi contratti era principalmente quella di incitare la distilleria a sviluppare la propria produzione poiché il sistema permetteva che ogni anno le quote si trovassero aumentate rispetto alle consegne contrattuali dell'anno precedente. L'effetto di questo sistema portava all'aumento delle quantità di alcol consegnate. Il Commissario del Governo si rese conto che di questo passo, attraverso il gioco dei contratti, la produzione si sarebbe sviluppata all'infinito e la campagna francese sarebbe diventata un'enorme distesa di barbabietole perché non si sarebbe coltivato niente che non si sarebbe potuto distillare.

le neo-liberale e della pervasività con cui esso si impone. L'universo sociale non è considerato che in rapporto alla produzione di valore. Si verifica così un sovvertimento che opera nel senso di questioni e valori che sono oggettivati per essere ridotti a un'unica dimensione.

La normatività economica e quella giuridica non sono in conflitto, ma al contrario quella economica strumentalizza quella giuridica per la realizzazione delle sue finalità. Il ruolo del diritto subisce una configurazione in guisa che le istituzioni siano riconfigurate per (in-)seguire le necessità del mercato.

Un caso emblematico di questa configurazione della norma è quello della legislazione bancaria e finanziaria nella quale il processo regolamentare si concentra su forme disciplinari a forte impatto tecnico. Per esempio, troviamo una nuova espressione formale di normatività giuridica nel reg. 575/2013/UE che concerne i requisiti prudenziali degli istituti di credito e di investimento. Si possono in effetti rinvenire delle disposizioni formulate abbandonando le modalità tradizionali della redazione giuridica, in particolare in quegli articoli che contengono formule matematiche, a indirizzo economico, molto sofisticate che generalmente sono estranee al linguaggio della normativa principale e sono state, in passato, relegate alla normativa tecnica non di rango primario. Inoltre, e sempre sul piano paradigmatico, l'art. 28 del reg. 575/2013/UE mette in evidenza un altro aspetto di questo approccio della formulazione normativa che utilizza una descrizione elastica delle fattispecie, che si basa sulla necessità di adattare la normazione europea non solo alla disciplina nazionale dei singoli stati, ma, al contempo, alla produzione contrattuale dell'autonomia privata che, va da sé, utilizza formule che in maniera non tipizzabile esprimono, attraverso la libertà di forma contrattuale, il rilievo degli interessi.

In ultima analisi, la regolamentazione è agganciata ai bisogni del mercato. L'azione politica e giuridica non può che consistere nel produrre delle norme che permettano di garantire l'efficienza degli scambi. Il perseguimento di questa finalità permette di comprendere l'utilizzo di un linguaggio matematico ed economico nel regolamento citato. Di fronte a questo stato di cose, due fenomeni possono essere osservati, il primo, forse il più conosciuto, concerne la rinuncia, o un'alterazione del classico principio democratico nella produzione normativa, che suggerisce l'idea di una crisi del principio medesimo. Il secondo consiste in un trasferimento di potere normativo agli esperti, tecnici o economisti, che hanno imposto un linguaggio che essi solo posso comprendere. Queste considerazioni rivelano problemi ulteriori ad esse collegate: i valori che le norme devono proteggere, il carattere democratico del processo normativo, il controllo pubblico della norma, il controllo e l'interpretazione della stessa. Quindi, è sul ruolo del giurista su cui ci si interroga: ci si chiede se sia un tecnico che lavora da solo formandosi su nuovi strumenti, ovvero se non sia il punto di raccordo di diverse sinergie e tecniche.

In materia di diritto alla non discriminazione questa configurazione può essere allineata alla recente creazione di azioni collettive nell'ordinamento francese. Per fare in modo che la disciplina permettesse alle vittime di atti discriminatori di rivendicare il loro diritto in modo efficace, il legislatore ha preso le mosse da valutazioni legate alla preservazione dell'impiego, alla delicata situazione economica delle imprese, alla considerazione di interessi economici che spingono per neutralizzare la disposizione inizialmente prevista. Infine, la disciplina legale delle azioni collettive è poco utile per le vittime di discriminazione, ma proprio attraverso i suoi limiti permette di preservare gli interessi economici degli attori del mercato. Per la ragione che gli interessi sono presi in considerazione fin dal momento dell'elaborazione della legge è possibile affermare che la normatività giuridica è messa al servizio della normatività economica.

Ugualmente, anche la legislazione italiana ci offre un esempio di questo tipo di interazione.

La l. n. 92/2012 (c.d. Riforma Fornero), prima, e la legge 183/2014 (c.d. *Jobs Act*), poi, hanno gradualmente sostituito, in ipotesi di illegittimo licenziamento di un lavoratore, lo strumento della reintegrazione nel posto di lavoro con un sistema indennitario il cui minimo e massimo sono predefiniti dal legislatore. Il paradigma economico diviene centro propulsore della formazione stessa delle regole giuridiche che disciplinano il licenziamento, contribuendo a riformulare quell'interesse generale il cui soddisfacimento passa per «il soddisfacimento di certi interessi particolari, soprattutto quelli degli attori del mercato del lavoro, come le imprese»[35].

La conciliazione tra le ragioni dell'impresa e la dignità del lavoratore dovrebbe passare allora, secondo l'ormai consolidato paradigma della flexicurity, attraverso un rinnovato concetto di mercato del lavoro in cui garantire sicurezza ai lavoratori e flessibilità alle imprese. In altri termini, posta la necessaria esigenza delle imprese di poter competere in un contesto dinamico e flessibile, l'equilibrio e la conciliazione degli interessi passa per la valorizzazione della sicurezza nel mercato del lavoro, che oramai ha sostituito la stabilità del posto. L'attenzione alla costruzione di un solido sistema di politiche attive deve intendersi anche come un tentativo di rispondere a quell'imperativo economico che ha imposto una rilettura degli istituti fondanti il Diritto del lavoro e della sua teoretica classica.

35 Sachs, *L'ordre public en droit du travail*, *Revue de droit du travail*, 2017, p. 585 ss.

5 Elementi conclusivi: le normatività riconciliate

Lo studio di queste tipologie rivela che la paventata stretta opposizione tra diritto e mercato lascia, invece, intravedere delle forme più complesse di interazione. Si è cercato di evocare un rapporto in cui la normatività giuridica e la ragione economica non siano più in tensione, ma in una situazione di mutua strumentalizzazione. Per cui, la normatività giuridica si appoggia sulla ragione economica per sussistere da un lato, e la normatività economica sembra trovare vantaggio e ricorrere agli strumenti giuridici come veicoli efficaci per la sua razionalità dall'altro.

Questa interazione si manifesta ugualmente a livello degli attori se si considera l'avvicinamento organico tra attori statali e attori economici privati, così come concepito dalla scuola del *Public choice*[36]. In questa configurazione, la razionalità economica partecipa della costruzione della normatività giuridica. Questa reciproca influenza consente di rimettere in questione l'idea dell'assenza assiologica della normatività giuridica, a profitto di una riflessione che ponga maggiormente in luce la costruzione della normatività giuridica al crescere dell'influenza di diverse razionalità, quali quella economica, sociale, morale, religiosa, e così via.

Più laicamente, ci si potrebbe dunque chiedere se la normatività giuridica non sia il prodotto di interferenze policulturali.

36 Sulla teoria delle *public choice*, in luogo di molti, in arg. BUCHANAN, TULLOCK, *Il calcolo del consenso*, Bologna, 1998; BUCHANAN, *I limiti della libertà* (1975), Milano, 1998.

Ricerche giuridiche e-ISSN 2281-6100
7, 1, 2018, 67-82

e-ISSN 2281-6100

Ricerche giuridiche
Vol. 7 - Num. 1– Giugno 2018

Diritto e mercato

Paolo Brambilla
Dottore di ricerca in Diritto europeo dei contratti civili, commerciali e del lavoro nell'Università Ca' Foscari Venezia, Italia

Valentina Cagnin
Assegnista di ricerca in Diritto del lavoro nell'Università Ca' Foscari Venezia, Italia

Riccardo Fornasari
Dottorando di ricerca in Diritto privato nell'Alma Mater Studiorum, Università di Bologna, Italia

Laura Miccoli
Dottoranda di ricerca in Diritto, mercato e persona nell'Università Ca' Foscari Venezia, Italia

Abstract The purpose of this contribution is to examine the relationship between law and market from a cross-cutting legal perspective. The Authors, after summarising the evolution of this relationship over time, in particular, try to highlight how the logic of the market have determined a process of 'functionalization' of the law, according to which the law seems to comply with the with the way the market works and not vice-versa. In this process, the contribution of soft law, as well as new criteria and types of standardization play a key role, which, due to their greater flexibility, seem more suitable to meet the needs of the market, replacing traditional regulatory tools of hard law.

Keywords Market. Functionalization of law. Soft law. Nudge.

Sommario I. L'inquadramento del mercato da parte del diritto: l'adattamento dell'attività normativa e giurisdizionale al rinnovamento della concezione concorrenziale del mercato. – II. L'effetto della mondializzazione del mercato sul diritto: le evoluzioni indotte dall'integrazione dei sistemi giuridici alla logica concorrenziale.

Citation Brambilla, Paolo et al. (2018). "Diritto e mercato". *Ricerche giuridiche*, 7(1), 85-106.

DOI 10.30687/Rg/2281-6100/2018/01/006

Introduzione

Il rapporto tra diritto e mercato è dinamico e sempre in evoluzione: esso è determinato dalla concezione economica politica e sociale, oltre a quella concernente il soggetto ed il suo ruolo nella società mercantile. Di conseguenza, il rapporto tra diritto e mercato cambia nel tempo e nello spazio.

Le trasformazioni della società contemporanea e, quindi, del diritto sono state determinate dalla globalizzazione e dalla transnazionalizzazione delle attività economiche. Questo processo e la concezione che l'ha sostenuto hanno comportato l'emergere di una «nuova ragione del mondo»[1], oggi divenuta egemonica. Nel prisma di tale concezione, tutti gli aspetti della società devono essere valutati secondo una logica imprenditoriale, che implica il mettere in concorrenza come tecnica di governo del reale.

Da un lato, tali processi hanno comportato la necessità di un rinnovamento della teoria economica concernente la struttura dei mercati e della regolamentazione necessaria affinché l'ordine concorrenziale possa funzionare correttamente. Tale nuovo approccio, che segna una rottura nella logica regolatoria, a livello continentale si riflette inizialmente nella normativa europea e, in seguito, è penetrata nei sistemi nazionali. Tale nuova concezione dell'ordine concorrenziale implica altresì una trasformazione del sistema delle fonti del diritto e del rapporto fra diritto privato e diritto pubblico[2]. Dall'altro lato, la primazia dei valori mercantili e la liberalizzazione degli scambi economici comporta una penetrazione della logica mercantile della valorizzazione del capitale in settori fino ad oggi regolati secondo valori differenti e, a volte, in conflitto con quello dell'estrazione di profitto. Inoltre, essa implica anche che i sistemi giuridici siano valutati secondo l'attrattività economica che essi presentano. Il diritto stesso è reificato[3] e valutato come merce: il diritto diventa l'oggetto della logica concorrenziale. Tale fenomeno comporta non soltanto che i sistemi giuridici siano messi in concorrenza tra loro, ma anche l'emergere di nuove forme e criteri di normatività.

* Benché la stesura del presente contributo sia frutto di un lavoro comune degli Autori, possono essere attribuiti, nello specifico, a Riccardo Fornasari il paragrafo I (A), a Laura Miccoli il paragrafo I (B), a Valentina Cagnin il paragrafo II (B) e a Paolo Brambilla il paragrafo II (B) e il paragrafo III.

1 L'espressione è di Dardot, Laval, *La nouvelle raison du monde*, Paris, 2010.

2 Zoppini, *Diritto privato vs diritto amministrativo (ovvero alla ricerca dei confini tra Stato e mercato)*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, p. 515 ss.; Sirena, *Diritto privato e diritto pubblico in una società basata sulle libertà individuali*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, I, p. 101 ss.

3 Sul concetto v. Lukács, *Histoire et conscience de classe*, 1922, versione elettronica 2003, p. 90 ss.

I L'inquadramento del mercato da parte del diritto: l'adattamento dell'attività normativa e giurisdizionale al rinnovamento della concezione concorrenziale del mercato

A. Il rinnovamento della concezione dell'ordine concorrenziale del mercato

In questo processo di trasformazione dell'economia e della società, l'evoluzione della regolamentazione dell'Unione Europea, che ha profondamente influenzato i sistemi giuridici nazionali, cambiandone la struttura e destrutturandone l'ordine sistematico, ha giocato e continua a giocare un ruolo fondamentale. Tali trasformazioni segnano la fine di un approccio filosofico ed altresì metodologico al diritto, sostituendovi un'altra concezione. Si argomenterà che questa nuova concezione del mercato comporta un mutamento della funzione della regolamentazione del diritto privato e pubblico e delle nozioni che ne sono alla base.

Il *code Napoléon*, fondandosi sulla *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* (*DDHC*) del 1789, consacra il ruolo dell'individuo nell'ordine giuridico[4]. Le influenze filosofiche che hanno contribuito a fondare tale nozione sono numerose, ed in questa sede non se ne possono menzionare che i tratti fondamentali. Le basi teoriche sulle quali tale concezione si fonda sono il giusnaturalismo[5], secondo cui l'individuo è titolare di diritti naturali inalienabili e precedenti l'ordine giuridico[6], ed il razionalismo[7]. Queste correnti filosofiche hanno influenzato la concezione universale dell'individuo proprie della filosofia dei *Lumières*; inoltre, unite alle preoccupazioni derivanti dalla morale del cristianesimo[8] e del giansenismo[9], esse hanno costituito i fondamenti teorici del pensiero di Domat e Pothier, ossia dei due giuristi che han-

4 Terré, Fenouillet, *Droit civil*, *Les personnes*[8], Paris, 2012, p. 10 ss.; Padoa-Schioppa, *A History of Law in Europe*, Cambridge University Press, 2017, p. 474 s.

5 Grotius, *De jure belli ac pacis*, trad. fr. *Le droit de la guerre et de la paix*, Paris, 2012, éd. Originale del 1625, circa il diritto naturale ed il ruolo della ragione v. *Prolégomènes*, par. XI ss., par. XI et XXI; sul contratto l. I, ch. XII, p. 332 ss. Circa le origini delle teorie del diritto naturale e le loro differenze v. Israël, Gryn, *Généalogie du droit moderne*, Paris, 2006.

6 Waline, *L'individualisme et le droit*[2], Paris, 1949, pp. 104-105.

7 Descartes, *Discours de la methode*, Paris, 2000.

8 Terré, Simler, Lequette, *Droit civil*, *Les obligations*[11], Paris, 2013, p. 39; Gazzaniga, *Domat et Pothier. Le contrat à la fin de l'Ancien régime*, in *Droits*, 12, 1990, p. 37 ss.; Arnauld, *Les origines doctrinales du Code civil français*, Paris, 1969, p. 199 ss.; Waline, *L'individualisme*, cit., p. 43 s.

9 Atias, *Philosophie du droit*[3], Paris, 2012, p. 97.

Ricerche giuridiche e-ISSN 2281-6100
7, 1, 2018, 85-106

no, come noto, ispirato il *Code civil*[10]. Inoltre, la filosofia kantiana causa una rottura nel pensiero occidentale, ribaltando il rapporto tra il soggetto e l'oggetto e ponendo l'individuo al centro del sistema della conoscenza; inoltre la teoria di Kant del diritto natura postula un soggetto concepito come libero e razionale[11].

Sulla base di queste influenze, la concezione dell'individuo espressa dalla *DDHC* e dal *code Napoléon*, tramite la quale si volevano rendere effettive le conquiste della Rivoluzione francese[12], postula un soggetto concepito in maniera astratta ed universalista[13]. L'obiettivo è eliminare le divisioni di ceto che caratterizzavano la società feudale e proporre un modello universale di uomo: occorre quindi che il diritto faccia astrazione delle situazioni particolari e concrete che caratterizzano la vita sociale[14] al fine di realizzare i principi di uguaglianza formale e di libertà, attribuite individualmente ad ogni persona[15].

Questa concezione astratta del soggetto come essere razionale, legata alla concezione economica liberale, è adottata anche dalla dottrina tedesca[16]. Lo stesso può dirsi del codice civile italiano del 1865

---

10 Halpérin, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris, 2012; Padoa-Schioppa, *A History of Law in Europe*, Cambridge, 2017, p. 473; Fioravanti, *Appunti di storia delle costituzioni moderne: le libertà fondamentali*[3], Torino, 2014; Waline, *L'individualisme*, cit., p. 376 ss.; Grzegorczyk, *Le sujet de droit: trois hypostases*, in *Archives de philosophie du droit, Le sujet de droit*, Paris, 1989, p. 13 ss. Per una critica delle influenze del liberalismo, che avrebbero influenzato più gli interpreti che i redattori del *code civil* v. Bürge, *Le code civil et son évolution vers un droit imprégné d'individualisme libéral*, in *RTD civ.*, 2000, p. 1 ss.; Martin, *Nature humaine*[3], Poitiers, 2015.

11 Kant, *Primi principi metafisici della dottrina del diritto*, Roma-Bari, 2005; Brimo, *Les grands courants de la philosophie du droit et de l'État*[3], Paris, 1978, p. 143 ss.

12 Halpérin, *Histoire du droit privé français*, cit.; Padoa-Schioppa, *loc. ult. cit*. Sui differenti periodi della Rivoluzione francese e le ideologie che li hanno connotati v. Forrest, *The French Revolution*, Oxford, 1995.

13 Supiot, *Homo juridicus*, Paris, 2005, p. 46 ss. e p. 53; Galgano, *Diritto privato*[17], Padova, 2017, p. 42 ss.; Radé, *Peut-on dire qu'à l'époque moderne le droit civil reposerait sur l'idée d'une égalité abstraite alors que le droit du travail reposerait sur l'idée d'une inégalité concrète?*, in *Mélanges Hauser*, Paris, 2012, p. 590 ss.; Canale, *The Many Faces of the Codification of Law in Modern Continental Europe*, in *A History of the Philosophy of Law in the Civil Law World, 1600-1900*, a cura di Canale, Grossi, Hofmann, Pattaro et al., Dordrecht: Springer, 2009, p. 141 ss.

14 Pašukanis, *La théorie générale du droit et le marxisme*, Paris, 1970, p. 103 ss.

15 Padoa-Schioppa, *A History of Law*, cit., a p. 448 afferma che: «The text begins with the declaration that 'all men are born and remain free and equal in rights' (Art. 1): the theory of natural law declaring the original freedom of man and the illicit nature of discrimination based on social status was in this way formally translated into a legal formula». Cfr. anche Fioravanti, *Appunti di storia delle costituzioni moderne: le libertà fondamentali*[3], Torino, 2014; Waline, *L'individualisme*, cit., p. 376 ss.; Grzegorczyk, *Le sujet de droit: trois hypostases*, in *Archives de philosophie du droit*, *Le sujet de droit* 1989, p. 13 ss.; Larribau-Terneyre, *Les résultats: une nouvelle conception du contrat?*, in *Quel renouveau pour le droit des contrats?*, a cura di Larribau-Terneyre e Pellé, Pau, 2016, p. 32.

16 Padoa-Schioppa, *A History of Law*, cit., p. 556; Galgano, *Diritto privato*, cit., p. 42 ss. e p. 238 ss.; Navarretta, *L'evoluzione dell'autonomia contrattuale fra autonomia e*

e di quello del 1942, soprattutto in relazione alle sue applicazioni successive alla fine della Seconda guerra mondiale, nonostante le peculiarità del regime politico che lo ha promulgato[17].

Questa teoria concepisce un soggetto astratto dal contesto concreto nel quale lo stesso si trova, uguale a tutti gli altri: è il trionfo dell'uguaglianza formale. Tali concezioni giuridiche erano fondate sul contesto economico dell'epoca: al momento della redazione del *code civil*, le attività produttive ed il commercio erano prevalentemente artigianali e a carattere familiare; di conseguenza, le relazioni contrattuali erano personalizzate.

Inoltre, tale visione è strettamente dipendente dalle teorie degli economisti e dei filosofi liberali classici ed alla loro concezione del mercato. La libertà concepita come diritto fondamentale dell'individuo e come fondamento dell'azione del soggetto è ancorata alle concezioni economiche del *laisser faire*, *laisser passer*[18]. Schematicamente, solamente gli individui, lasciati liberi di agire sul mercato e di determinarsi nelle proprie scelte secondo un calcolo egoista, possono far evolvere il benessere della società nel suo insieme[19]. La circolazione della ricchezza avrebbe quindi come effetto di permettere la migliore allocazione possibile delle risorse.

Una delle premesse di tali teorie è una concezione che potrebbe definirsi «naturalista»[20] del mercato, concepito come ordine spontaneo preesistente alla legge e che, se lasciato libero di funzionare, permetterebbe la formazione del prezzo corretto, ossia del prezzo adeguato al valore del bene. Il meccanismo del prezzo «giusto», che si forma grazie alla concorrenza, permetterebbe un arricchimento reciproco dei

principi, in *Quaderni fiorentini*, 2014, n.1, p. (589) 591 s.; Micklitz, *The (Un)-Systematics of (Private) Law as an Element of European Culture*, in Helleringer, Purnhagen, *Towards a European Legal Culture*, a cura di Beck, Hart, Nomos, München-Oxford-Baden-Baden, 2014, p. (81) 95.

17 Circa il diritto privato ed il regime fascista cfr. Somma, *I giuristi e l'asse culturale Roma-Berlino*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 2005; Monateri, *Crystal and Mud Contracts: The Theory of Contract and the Ontology of Values*, in *The Constitutional Dimension of Contract Law*, a cura di Siliquini-Cinelli, Hutchison, Cham, 2017, pp. 132-137.

18 Galgano, *Diritto privato*, cit., p. 42 ss.; Larribau-Terneyre, *Les résultats : une nouvelle conception du contrat?*, cit., pp. 31-32; Pašukanis, *La théorie générale du droit*, cit., p. 107; Terré, Simler, Lequette, *Droit civil*, *Les obligations*, cit., pp. 32-33; Lévy, Castaldo, *Histoire du droit civil*², Paris, 2010, p. 826; V. Roppo, *Il contratto*, in *Trattato Iudica-Zatti*², Milano, 2011, pp. 37-39.

19 Smith, *The Wealth of Nations*, l. 1, ch. 7, Chicago, 1977, p. 83 ss. La libertà contrattuale è quindi un corollario di tale teoria economica: cfr. Waline, *L'individualisme*, cit., p. 174. Per una critica della comprensione dominante del pensiero di A. Smith cfr. Dostaler, *Les chemins sinueux de la pensée économique libérale*, in *L'Économie Politique*, 2009, 4, pp. 49-50.

20 Foucault, *Naissance de la biopolitique*, Paris, 2004, p. 33 ss.; Dardot, Laval, *La nouvelle raison*, p. 6 ss.

Ricerche giuridiche e-ISSN 2281-6100
7, 1, 2018, 85-106

contraenti e, di conseguenza, della società in generale[21]. Lo Stato deve quindi lasciare gli individui liberi di contrattare ed intervenire solamente al fine di garantire l'esecuzione dei contratti.

Ne consegue che, seguendo rigidamente tale principio, nessun intervento esterno sul contratto, che non sia giustificato dalla necessità o di sanzionare un accordo che non è in realtà il prodotto del consenso, o di proteggere determinati interessi pubblici, dovrebbe essere consentito. Tale concezione è strettamente collegata a quella del mercato adottata dai liberali classici: i contratti sono il risultato della manifestazione della libertà umana in un contesto considerato come naturale. Gli interventi giustificati sono quindi solamente quelli necessari a garantire l'effettività del consenso o la protezione dell'ordine pubblico[22].

In altri termini, in relazione allo scambio, non vi sono altri criteri che possano guidare l'interprete a parte quello della libera scelta sul mercato. Tale concezione che abbiamo analizzato è entrata in uno stato di crisi dovuto a plurimi fattori che ne hanno stravolto la struttura, anche da un punto di vista teorico e filosofico. In ragione dell'ampiezza, della profondità e della complessità di tali mutazioni, è opportuno limitarsi ad illustrare alcuni elementi che si ritiene abbiano giocato un ruolo determinante in questo processo.

Le rivoluzioni industriali, l'età della colonizzazione e lo sviluppo delle imprese multinazionali, insieme alle concentrazioni di capitali ed alla transnazionalizzazione dei mercati, hanno reso arcaico il modello di mercato e dell'ordine concorrenziale sul quale era basata la regolamentazione classica[23]. Inoltre, i fondamenti filosofici di tale concezione sono stati ribaltati: la filosofia di Nietzsche segna un punto di svolta, mettendo in questione la concezione razionalista del soggetto così come sostenuta dalla filosofia occidentale. Da qui, si sviluppano in tutti i settori delle scienze delle correnti di pensiero che analizzano la crisi della razionalità, la frammentazione del soggetto e della sua coscienza. D'altro lato, il pensiero marxista ribalta la rappresentazione dei rapporti di produzione di mercato fornita dal liberalismo e svela il carattere artificiale dell'astrazione fondante della libertà dei soggetti[24].

---

21 Foucault, *Naissance de la biopolitique*, p. 55; v. Smith, *The Wealth*, l. 4, ch. 2, p. 590 ss.

22 Nivarra, *Diritto privato e capitalismo*, Napoli, 2010, p. 24 ss.

23 Dardot, Laval, *La nouvelle raison*, p.124 ss.; Josserand, *Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats*, *RTD civ.* 1937, p. 1 ss.; Armand-Prévost, Richard, *Le contrat déstabilisé – De l'autonomie de la volonté au dirigisme contractuel*, in *JCP G* 1979, I, doc. 2952, n° 10; Rochfeld, *Les grandes notions du droit privé*, Paris, 2011, p. 438 ss.

24 Marx, *Le Capital*, l. I, ch. II, p. 112 ss.; Id., *La questione ebraica*, Roma, p. 28 ss.; Pašukanis, *La théorie générale du droit*, cit., p. 103 ss.; Miaille, *Une introduction critique au droit*, Paris, 1976, pp. 128-137.

In tale contesto, si sviluppa una corrente di pensiero liberale che si dà come obiettivo di rifondare il liberalismo, dopo le problematiche che si erano manifestati in maniera così violenta con il primo conflitto mondiale; la conferenza Walter Lipmann[25] è il primo atto della costituzione di un gruppo di intellettuali, specializzati in differenti campi del sapere, che perseguono tale progetto. La storia di tale gruppo, la successiva divisione fra i teorici tedeschi (coloro che diventeranno gli ordoliberali) e gli austro-americani (che daranno inizio al neoliberalismo) vanno ben oltre il tema del presente saggio. Ciò che occorre tuttavia mettere in evidenza è il ruolo determinante di questi pensatori nella costruzione dell'Unione Europea e la loro influenza sulla concezione del diritto che traspare dai Trattati, dai regolamenti, dalle direttive e dagli altri atti normativi dell'UE[26]. Le differenze teoriche, in relazione al pensiero liberale classico sono molto numerose; tuttavia, se si volesse individuare alcuni elementi di rottura determinanti, sarebbero probabilmente la concezione dell'ordine concorrenziale del mercato[27] e la concezione della regolamentazione che ne deriva.

Gli ordoliberali non concepiscono l'ordine concorrenziale del mercato come un ordine naturale, ontologicamente dato e preesistente alla regolamentazione giuridica; al contrario, considerano che il mercato, e l'ordine concorrenziale che deve regnarvi, devono essere costruiti tramite interventi attivi da parte dei governanti[28]. Se tale ordine non è ontologicamente dato, ne consegue che gli interventi dei governanti non devono essere considerati per forza come ingerenze illegittime, ma sono invece necessari al fine di sviluppare pienamente tale ordine e di correggere gli ostacoli che lo limitano. Il punto di partenza di tale concezione è, come nel liberalismo classico, che l'allocazione delle risorse realizzata tramite il mercato concorrenziale sia la migliore al fine di garantire il benessere generale: tuttavia, visto che questo sistema non è naturale, ma deve essere costruito e preservato, occorre fare in modo che, anche tramite interventi attivi, tali mec-

25 Conferenza che si è svolta a Parigi dal 26 al 30 agosto 1938. Gli atti della conferenza sono pubblicati in Rougier, *Le colloque Walter Lippmann*, Lormont, 2012, p. 405 ss.

26 Grundmann, *The Concept of the Private Law Society: After 50 Years of European and European Business Law*, in *ERPL*, 16, 2008, p. 553 ss.; Libertini, *A «Higly Competitive Social Market Economy» as a Founding Element of the European Economic Constitution*, in *Conc. merc.*, 2011, p. 491 ss.; Gerber, *Constitutionalising the Economy: German Neo-Liberalism, Competition Law and the «New» Europe*, in *The American Journal of Comparative Law*, 42, 1994, p. 25 ss.; Dale, El-Enany, *The Limits of Social Europe: EU Law and the Ordoliberal Agenda*, in *German Law Journal*, 14, 2013, p. 620 ss.

27 Lippmann, *La cité libre*, Paris, 1938; Dardot, Laval, *La nouvelle raison*, cit., p. 225 ss.; Ptak, *Neoliberalism in Germany*, in *The road from Mont Pèlerin: The Making of Neoliberal Thought*, a cura di Mirowski e Plehwe, Cambridge, 2009, pp. 101-102.

28 Röpke, *Civitas humana*, Erlenbach-Zürich, 1944, p. 43 ss.; Ptak, *Neoliberalism in Germany*, cit. p. 105; Dardot, Laval, *La nouvelle raison*, p. 205.

Ricerche giuridiche e-ISSN 2281-6100
7, 1, 2018, 85-106

canismi possano funzionare correttamente e senza alcun ostacolo[29].

Gli sviluppi del pensiero ordoliberale, influenzati anche dall'*economic analysis of law* americana e in particolare dalla teoria delle *market failures*[30], portano a prendere in considerazione le asimmetrie informative o di potere contrattuale che possono ostacolare l'esplicarsi della razionalità del soggetto e a fare sì che, a causa di tali distorsioni, il contratto concluso non sia efficiente: occorre pertanto intervenire al fine di correggere tali distorsioni.

Il diritto dei contratti ne è un esempio emblematico: visto che il contratto è lo strumento giuridico per mezzo del quale lo scambio e, quindi, l'allocazione delle risorse è realizzata, esso diviene l'oggetto degli interventi volti a fare sì che il dispositivo concorrenziale possa funzionare correttamente.

Il diritto privato acquisisce pertanto una doppia funzione: da un lato, deve costruire e proteggere un quadro nel quale i soggetti possono agire e manifestare la propria razionalità[31]. Dall'altro, serve a controllare il rispetto della logica concorrenziale da parte dei contratti e, quindi, a far sì che le condizioni nelle quali le persone si trovano ad agire siano ottimali o, qualora tale dispositivo non possa funzionare correttamente, a correggere *ex post* con delle operazioni di *market-mimicking*, gli accordi che non possono rispettare queste condizioni. I controlli, pertanto, non si limitano alle pratiche restrittive della concorrenza su un mercato specifico attraverso le norme antitrust, ma prendono altresì in considerazione i contratti individuali. Quella che è messa in opera è una *police* dei contratti che mira la microeconomia degli scambi, fondata sull'idea che ogni accordo che non rispetti la logica del dispositivo concorrenziale meriti di essere corretto.

Queste considerazioni si iscrivono nell'idea di una «società di diritto privato»[32], che si fonda sul principio della concorrenza come principio costituzionale: le persone non si troverebbero direttamente confrontate allo Stato, ma sarebbero sottoposte ad un ordine giuridico che limiterebbe il potere dello Stato ed i possibili abusi di potere dei

---

29 Fornasari, *L'intervento giudiziale sul contratto: analisi normativa e politica del diritto*, *Contr. e impr.*, 2016, p. 865 ss.

30 Sulle nozioni fondamentali dell'analisi economica del diritto Cooter, Ulen, *Law and Economics*, Berkeley, 2016; Kronman, Posner, *The Economics of Contract Law*, Boston-Toronto, 1979.

31 Böhm, *Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft*, in *Ordo (Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft)*, 17, 1966, p. 138; Pirovano, *Logique concurrentielle et logique contractuelle. À propos du règlement européen relatif à la distribution des véhicules automobiles*, in Martin, *Les transformations de la régulation juridique*, Paris, 1998, p. 295 ss.

32 Pirovano, *L'expansion de l'ordre concurrentiel dans les pays de l'Union Européenne*, in Charvin, Guesmi, *L'Algérie en mutation*, Paris, 2001, p. 119 ss.; Simonin, *Le choix des règles constitutionnelles de la concurrence: ordolibéralisme et théorie contractualiste de l'Etat*, in Commun, *L'ordolibéralisme allemand*, Cergy-Pontoise, 2003, p. 70 ss.

Ricerche giuridiche e-ISSN 2281-6100
7, 1, 2018, 85-106

privati, inquadrando le azioni dei vari attori, al fine di garantire il benessere della società.

Le implicazioni di questa nuova prospettiva e dei suoi effetti sui sistemi giuridici nazionali, anche circa le fonti del diritto e le interazioni tra il diritto pubblico e privato[33], sono innumerevoli. L'approccio alla regolamentazione cambia profondamente, perché non si fonda più su un approccio sistematico e formalistico, che traeva i propri fondamenti dalla dogmatica giuridica, ma su un approccio funzionale. Le norme sono adottate e strutturate secondo le loro funzioni in relazione all'obiettivo dichiarato, ossia la costruzione ed il miglioramento del mercato unico e della concorrenza.

Tale nuova prospettiva si riflette peraltro anche negli obiettivi perseguiti tramite riforme legislative, come è avvenuto nel caso della recente riforma del diritto francese dei contratti, delle obbligazioni e delle prove; secondo quanto è espressamente affermato nel *Rapport au Président de la République*, la riforma mira ad aumentare la competitività del diritto francese e, come rilevato da parte della dottrina, riflette una visione economistica del contratto[34].

Le problematiche giuridiche sono analizzate e le soluzioni apportate in tale quadro teorico: l'unità, che antecedentemente derivava dalla costruzione di un sistema coerente, deve essere oramai trovata nell'obiettivo di tali norme[35].

B. La soft law e la funzionalizzazione del diritto

La funzionalizzazione del diritto in relazione al mercato, poc'anzi affrontata, sicuramente si esprime anche attraverso la scelta dello strumento normativo utilizzato.

In questa prospettiva, è possibile scorgere un dato unitario: l'emersione – nel sistema delle fonti – della categoria della c.d. *soft law o droit souple*.

La nuova dimensione della normatività[36] ha da tempo abbandonato i confini del diritto tradizionalmente inteso: *le droit est plus grand*

---

33 Zoppini, *Diritto privato vs diritto amministrativo (ovvero alla ricerca dei confini tra Stato e mercato)*, cit., p. 515 ss.; Sirena, *Diritto privato e diritto pubblico in una società basata sulle libertà individuali*, cit., p. 101 ss.

34 Rouvière, *Les valeurs économiques de la réforme du droit des contrats*, in *Revue des contrats*, 2016, p. 600 ss.; Fornasari, La *meritevolezza della clausola claims made*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, p. 1383 ss.

35 Fornasari, *Crépuscule des idoles. De la fragmentation du sujet à la fragmentation du contrat*, cit.

36 Sulla possibilità di ritenere giuridiche norme non vincolanti, il rinvio obbligato è a Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, 1970, p. 66 ss; Cormick, *Legal Rights and Social Democracy*, Oxford, 1982, p. 232; Raz, *Practical Reason and Norms, Hutchinson*, 1975; Ferrajoli, *La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*, Bari, 2016.

Ricerche giuridiche e-ISSN 2281-6100
7, 1, 2018, 85-106

que la règle de droit[37].

Tradizionalmente, la *soft law* è contrapposta alla c.d. *hard law*[38] ed è intuibile come, secondo la dottrina tradizionale[39], il *droit souple* svolga una funzione ancillare rispetto al diritto positivo.

Una tale concezione non riesce, tuttavia, ad essere esaustiva[40].

La fallacia della costruzione « *a contrario* », per opposizione alla hard law, della categoria del droit souple è agilmente dimostrabile.

È di palmare evidenza come non vi sia una biunivoca automaticità tra la *non vincolatività* e *l'assenza nel sistema di gerarchia delle fonti*: una parte del diritto formale è, infatti, ineffettivo [*rectius*, non vincolante[41]] e, viceversa, sovente la soft law trova ingresso nel sistema delle fonti, risultando vincolante in via di diritto[42] (e non di mero fatto[43]).

Invero, la vincolatività delle norme di *droit mou* è sempre più evidente negli odierni ordinamenti.

La rinnovata concezione caratterizzata da una normatività graduata risulta particolarmente evidente nel diritto della concorrenza.

---

37 Carbonnier, *Droit et non-droit*, in *Flexible droit*[10], LGDJ, 2001, p. 22.

38 Secondo il *Conseil d'État*, *Le droit souple, Collana Le rapports de le Conseil d'État, Rapport 2013*, disponibile all'indirizzo https://www.conseil-etat.fr/ressources/etudes-publications/rapports-etudes/etudes-annuelles/etude-annuelle-2013-le-droit-souple la *soft law* dovrebbe essere studiata in contrapposizione al diritto formale poiché, diversamente dal diritto formale, è flessibile (o non rigida) e non perché non vincolante.

Si aggiunga che, in alcune eventualità, anche le norme di diritto positivo adottano dei meccanismi atti a consentirne un'applicazione flessibile (si pensi, ad esempio, alle all'utilizzo del rinvio alle norme tecniche e ai provvedimenti amministrativi generali). Al contrario, contro l'ingresso della *soft law* nell'universo della giuridicità, Weil, *Vers une normativité relative en droit international?*, in *Revue générale de droit international public*, 1982, 1, pp. 5-47.

39 Sono espressione della concezione classica del c.d. "diritto morbido": l'articolo 288 TFUE (raccomandazioni e opinioni); i c.d. "standard tecnici" sviluppati dagli Organismi europei di normalizzazione; il "metodo aperto di coordinamento "(OMC) ed, in genere, gli strumenti di interpretazione delle disposizioni di diritto rigido, in particolare utilizzati dalla Commissione nell'ambito delle sue competenze in materia di concorrenza. Una disamina della materia è riscontrabile in: Farinelli, *La comunicazione sulla cooperazione tra Commissione e autorità garanti nell'applicazione delle norme comunitarie sulla concorrenza*, in *Il diritto dell'UE*, 1998, p. 131 ss.

40 Cfr. Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Oxford, 1979 (in particolare, il saggio *The Rule of Law and Its virtue*) individua quale tratto distintivo della legge la capacità di orientare i comportamenti.

41 Non vincolanti sono i c.d. *hortatory statutes*, si veda Gersen, Posner, *Soft Law: Lessons from Congressional Pratice*, in *Stanford Law Review*, 2008, n. 61, p. 573 e le c.d. *sunset rules* sulle quali, Cappelletti, *Ragionando (ancora) sull'inflazione legislativa: l'esperienza comparata delle sunset rules da strumento di qualità della regolazione a strumento per una legislazione flessibile*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo on line*, maggio 2016, disponibile all'indirizzo: shorturl.at/iloRZ.

42 Si rinvia a *Conseil d'État*, *Le droit souple*, cit., p. 68 ss.

43 Sulla forza normativa dei fatti, Vermeule, *Many minds Arguments in Legal Theory*, in *The Journal of Legal Analysis*, 2009, 1(1), pp. 1-45.

1. L’esempio più caratteristico di questa strumentalizzazione della legge flessibile è rappresentato dalle Comunicazioni, dal Libro verde e dal Libro bianco della Commissione in materia di servizi di interesse generale[44]. Tali testi forniscono, infatti, definizioni che non esistono in nessun testo di diritto positivo, utilizzando un approccio esegetico che, in realtà, esorbita la mera funzione di interpretazione. Nella particolare ipotesi dei servizi di interesse generale, la Commissione giunge sino a determinare il contenuto degli standard qualitativi da rispettare nell’erogazione dei servizi agli utenti, caratteristiche ordinariamente da definirsi tramite il c.d. *droit dur*.
2. Un secondo esempio è rappresentato dalle linee guida *non vincolanti* emesse dall’Autorità anticorruzione italiana (ANAC)[45], che presentano, in realtà, una forma indiretta di vincolatività. Esse infatti impongono alla Pubblica Amministrazione, destinataria di tali previsioni, un obbligo particolarmente intenso di motivazione al fine di distaccarsi da quanto ivi previsto.

Del resto, in virtù della autorevolezza della fonte interpretativa, le suddette linee guida – se seguite pedissequamente – pongono l’interprete al riparo dal giudizio negativo della Corte dei Conti rispetto alla condotta tenuta (seppur erronea). Ben si comprende come risulti, dunque, maggiormente conveniente un’adesione *quasi* acritica alle stesse da parte del dipendente pubblico.

Si aggiunga che la vincolatività sin d’ora descritta risulta multi-direzionale.

In alcuni casi, infatti, *le droit souple* vincola il soggetto che lo emana[46], ponendo degli auto-vincoli.

---

44 Si fa riferimento, in particolare, al Libro verde sui servizi di interesse generale del 2003 e al Libro bianco sui servizi di interesse generale del 2004; o ancora, ad esempio, alla Comunicazione della Commissione sull’applicazione delle norme dell’Unione europea in materia di aiuti di Stato alla compensazione concessa per la prestazione di servizi di interesse economico generale Testo rilevante ai fini del SEE in OJ C 8, 11 gennaio 2012, pp. 4-14 ovvero al Documento di lavoro dei servizi della Commissione (Bruxelles, 29 aprile 2013 SWD(2013) 53 final/2) intitolato “*Guida relativa all’applicazione ai servizi di interesse economico generale, e in particolare ai servizi sociali di interesse generale, delle norme dell’Unione europea in materia di aiuti di Stato, di appalti pubblici e di mercato interno*”.

45 Caputo, *Linee guida, attribuzioni precontenzione e potere sanzionatorio dell’Anac*, in *Urb. e app.*, 2018, n. 1, p. 5.

46 Recentemente (CGUE, decisione 19 luglio 2016, C– 526/14 Kotnik e A., punti 39-45) la Corte di giustizia ha ritenuto un atto di soft law vincolante per la Commissione e non per gli Stati.

3. In merito, risulta evidente il riferimento alle previsioni sociali contenute negli accordi commerciali internazionali di nuova generazione, ispirati dal principio dello sviluppo sostenibile[47].

   A tal proposito, i suddetti obiettivi raramente sono giuridicamente vincolanti: il loro raggiungimento è, in vero, demandato alle politiche, ai piani e programmi di sviluppo sostenibile volontariamente posti in essere da parte dei paesi firmatari di tali accordi.

Tuttavia, dobbiamo necessariamente riconoscere come, nonostante la natura di tali accordi sia principalmente economica, le previsioni sociali poc'anzi richiamate siano, anche se nella dimensione della mera esternalità negativa, comunque in grado di orientare i comportamenti degli Stati firmatari.

A questo punto della trattazione è necessario soffermarsi, seppur brevemente, sui vantaggi e sulle criticità derivanti dell'utilizzo della soft law nel campo del diritto della concorrenza, al fine di comprendere se effettivamente sia giustificato il ricorso sempre più frequente a tale strumento.

Nello specifico, i benefici sono da ricondursi:

a. In primo luogo, alla rapida rispondenza della soft law ai processi di integrazione europea, in contrapposizione alla staticità delle fonti di hard law nazionali;
b. In secondo luogo, alla flessibilità ed adattabilità alle esigenze del mercato, grazie al processo di formazione di tale strumento, particolarmente celere.

D'altra parte, le criticità riscontrabili sono connesse indefettibilmente ai punti di forza poc'anzi ricordati. In via schematica, ricordiamo:

a. La possibile incompatibilità con il principio di legalità (incoerenza con le fonti *di* produzione) e l'affievolimento della certezza del diritto,
b. la mancanza di legittimazione democratica (inadeguatezza delle tradizionali fonti *sulla* produzione) in favore dell'idea del mercato quale "luogo" principale dell'emergere dell'interesse generale dell'Unione.

Il rapport del Conseil d'État, citato in precedenza in nota 39, ritiene necessario a tal proposito svolgere un triplice giudizio (di utilità, di legittimità e di effettività) affinché si possa ritenere appartenente al-

47 Il riferimento è ai Trattati internazionali CETA (UE-Canade), EPA (Ue-Giappone) e al naufragato accordo TTIP (Ue-USA).

Ricerche giuridiche e-ISSN 2281-6100
7, 1, 2018, 85-106

la “*normatività giuridica*” la soft law.

L’atipicità delle fonti del diritto della concorrenza, del resto, si accompagna con quella propria dei soggetti di tale scenario, in primo luogo le Autorità Amministrative Indipendenti, come si dirà anche più avanti, e con le peculiarità proprie della relativa revisione giurisdizionale[48].

II L’effetto della mondializzazione del mercato sul diritto: le evoluzioni indotte dall’integrazione dei sistemi giuridici alla logica concorrenziale

La mondializzazione dei mercati ha posto in concorrenza i diversi sistemi giuridici. Tale concorrenza ha comportato da un lato un generale livellamento verso il basso dei sistemi giuridici (A), dall’altro, una rimessa in causa degli stessi criteri di normatività e delle categorie giuridiche (B).

A. Il livellamento verso il basso dei sistemi giuridici

i. Il mercato finanziario

La mondializzazione ed i recenti progressi tecnologici dell’industria 4.0 hanno permesso agli operatori ed agli investitori di agire sull’insieme dei mercati nazionali, prescindendo dal confine territoriale nazionale.

La messa in concorrenza dei mercati ha reso la norma, di per sé, oggetto di concorrenza. Se gli operatori sono liberi di agire su tutti i mercati nazionali, le regole applicabili a tali mercati devono attrarre gli investitori. La mondializzazione dei mercati ha dunque richiesto una sempre maggiore attrattività delle norme che regolano tali mercati.

Il bisogno di attrattività, effetto diretto della mondializzazione, riguarda un vasto insieme di dominii, nei quali i soggetti dispongono di una certa libertà di operare una scelta tra i differenti sistemi legislativi, esercitando un inedito “law shopping”.

Ciò assume un rilievo particolare in materia finanziaria, ove questo imperativo di attrattività è nettamente più contrassegnato e determinante rispetto agli altri rami del diritto: in tale ambito, la messa in

48 Si veda al riguardo, in particolare, `https://www.giustizia-amministrativa.it/documents/20142/160693/nsiga_4468036.pdf/409771b4-8552-e3f8-df9a-fe2a7b9e-4f1e`. Filice, *Il sindacato giurisdizionale sull’attività delle autorità indipendenti*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2015, 4, p. 559.

Ricerche giuridiche e-ISSN 2281-6100
7, 1, 2018, 85-106

concorrenza dei mercati finanziari e dei sistemi giuridici che li regolamentano così come delle regole che li reggono, è aumentata dall'immaterialità dei mercati e dei servizi. La libertà degli operatori di compiere delle transazioni sull'insieme dei mercati finanziari nazionali, unita all'immaterialità e al carattere localizzabile di questa attività e dunque della regolamentazione applicabile, raddoppiano la necessità di rendere le regole di diritto attraenti per gli operatori: «quando l'attività è ragionevolmente localizzabile, il suo carattere immateriale sottomette gli Stati ad una pressione regolamentare per conservare la competitività del mercato nazionale[49]».

Le regole di diritto sono messe al servizio della concorrenza: «nello stesso tempo in cui una regolamentazione dei mercati finanziari diventa illusoria, esistono dei meccanismi di concorrenza che realizzano tra i differenti luoghi finanziari. La finanza mondializzata trascina una messa in concorrenza dei mercati e di conseguenza la messa in concorrenza delle regole di diritto e degli Stati che li adottano. È allora il diritto in sé che diventa lo "strumento concorrenziale maggiore»[50].

Da questa situazione concorrenziale, è possibile osservare, in alcuni casi, una certa convergenza dei sistemi giuridici nazionali, tramite l'intervento di differenti attori pubblici produttori di norme. L'elaborazione delle regole da parte di questi soggetti permette proprio una migliore convergenza delle regolamentazioni poiché non richiede i termini imposti dalle procedure legislative e permette un adattamento immediato delle regole finanziarie: «questa agilità permette loro di raggiungere un'armonizzazione delle loro regolamentazioni private di un modo più veloce»[51].

Ora, è certo che queste regole di diritto non convergono senza che si osservi un equilibrio nel loro progressivo avvicinamento: non si tratta di una fusione dei differenti sistemi giuridici, né di una riproposizione del modello dominante; quanto piuttosto di una convergenza. In Francia per esempio, in materia finanziaria, si è realizzata una trasposizione del sistema giuridico finanziario anglosassone: la maggior parte degli strumenti finanziari disciplinati dal diritto francese è un'importazione degli strumenti osservati sulla piazza finanziaria anglosassone.

Oltre ai titoli ed ai contratti finanziari, si importano anche i meccanismi e tecniche attraverso le quali le obbligazioni nate da questi strumenti vengono eseguite tra le parti, come la tecnica del *close-out netting*[52].

---

49 «*Lorsque l'activité est raisonnablement localisable, son caractère immatériel soumet les États à une pression réglementaire afin de conserver la compétitivité du marché national*». Cfr. Frison-Roche, *Le modèle de marché*, in *Archives de Philosophie du droit*, tome 40, 1995, p. 286, §18 ss.

50 *Ibidem*.

51 *Ibidem*.

52 Perrone, *Gli accordi di* close-out netting, in *Banca borsa tit. cred.*, 1998, I, p. 50 ss.

ii. Il mercato del lavoro

La mondializzazione ha avuto delle notevoli ripercussioni non solo sul mercato finanziario, ma anche sul mercato del lavoro (così come sul lavoro e sui lavoratori).

Le imprese, apolidi e mobili sullo scacchiere globale[53] scelgono l'ordine giuridico più favorevole alle proprie strategie economiche ed aziendali e, di conseguenza, i sistemi di tutela evoluti (e per questo più costosi per l'imprenditore) dei paesi industrializzati entrano in crisi perché incapaci di sostenere la pressione concorrenziale degli ordinamenti meno garantisti. Si innesta dunque un pericoloso vortice che da vita ai pericolosi fenomeni di "*dumping* normativo", nella definizione di politiche "al ribasso" per attrarre investimenti stranieri, secondo l'imperativo sopracitato dell'attrattività, e di "*dumping* sociale", che vede le imprese alla ricerca dei sistemi normativi che garantiscono un risparmio del costo del lavoro indipendentemente dalle conseguenze che questo provoca sui lavoratori[54].

Questa tipologia di *dumping* infatti genera sia degli effetti distorsivi sulla concorrenza, sia una lesione dei diritti sociali fondamentali e potrebbe costituire a pieno titolo «un potente [e pericoloso, n.d.a.] vettore di ritorno alla concorrenza tra lavoratori»[55].

Un tentativo di ridurre gli effetti nefasti che un livellamento verso il basso degli standards sociali può comportare è tuttavia rinvenibile nell'ambito delle negoziazioni dei trattati internazionali per gli scambi commerciali.

Difatti, negli ultimi anni l'Unione Europea ha negoziato e sottoscritto molteplici accordi commerciali (multilaterali o bilaterali) detti "di nuova generazione". Tali accordi, seppur di natura originariamente strettamente economica/commerciale, hanno la particolarità di mirare non solo ad un abbassamento generale delle tariffe doganali (o ad una eliminazione delle stesse), ma anche ad una progressiva armonizzazione delle norme, al fine di limitare le cosiddette "barriere non tariffarie", ovvero tutte quelle difformità legislative, burocratiche ed amministrative, riscontrabili tra le parti contraenti, anche in tema di protezione dell'ambiente o della sicurezza sociale, che si traducono in un costo per le imprese[56].

---

53 Perulli, *Globalizzazione e Dumping sociale, quali rimedi?*, in *Lav. dir.*, 2011, n. 1, p. 15.

54 Così Brino, *Diritto del lavoro, concorrenza e mercato, Le prospettive dell'Unione Europea*, Padova, 2012, p. 19.

55 Rigau, *Droit du travail ou droit de la concurrence sociale. Essai sur un droit de la dignité de l'Homme du travail (re)mis en cause*, Bruxelles, 2009.

56 Cagnin, *New Generations Treaties and the Attempts for a Renewal of the ISDS* in *Sustainable Development, Global Trade and Social Rights*, a cura di Perulli e Treu, Alphen aan den Rijn, 2018, pp. 155-168.

È il caso dei recenti accordi che sono stati conclusi dall'Europa col Canada (CETA - Accordo Economico e Commerciale Globale[57]) e col Giappone (*Jefta, Japan-EU Free Trade Agreement*).

Entrambi gli accordi contengono infatti delle significative misure di salvaguardia dei propri sistemi lavoristici nazionali.

Riconoscendo che la crescita economica, lo sviluppo sociale e la protezione dell'ambiente naturale sono interdipendenti, e con lo scopo di fare fronte a tutte le preoccupazioni legate alla protezione dell'ambiente naturale o della salute, o ancora dei diritti sociali, questi due accordi hanno previsto delle garanzie regolamentari nel capitolo sullo sviluppo sostenibile[58], manifestando le propensioni dei valori commerciali ad influire su altri dominii (come il diritto alla salute, il diritto dell'ambiente e i diritti sociali).

È nel capitolo dedicato al "Commercio e sviluppo sostenibile" del CETA che si trovano infatti le previsioni in tema di diritto del lavoro (Commercio e Lavoro) e in tema ambientale (Commercio e Ambiente): le parti si impegnano a far sì che la crescita economica sostenga i propri obiettivi sociali ed ambientali.

È in questo senso (Capitolo 23 del CETA: Commercio e lavoro), che l'art. 23.3 prevede per esempio, il diritto a regolamentare i livelli di protezione di ciascun paese (UE e Canada) in materia di lavoro. Le parti, a questo proposito, hanno il diritto «di stabilire i propri livelli di protezione del lavoro e di adattare o di modificare perciò la sua legislazione e le sue politiche» e devono sforzarsi allo stesso tempo «di migliorare continuamente la legislazione e le relative politiche di modo da assicurare dei livelli elevati di protezione del lavoro». Da qui, l'interdizione di stimolare il commercio o l'investimento per indebolire o ridurre i livelli di protezione prevista dal loro diritto e le loro norme in materia di lavoro.

Tali previsioni, vincolanti per le parti, impediscono un livellamento verso il basso dei livelli delle regolazioni: le parti (UE-Canada e UE – Giappone) convengono a garantire che la crescita economica sostenga i loro obiettivi sociali ed ambientali e, soprattutto, nessuna delle due parti può ignorare o ridurre gli *standards* sociali al fine di aumentare l'attrattività del sistema giuridico e stimolare quindi il commercio e gli investimenti.

57 Faioli, *Atlantic Transitions for Law and Labor: CETA First and TTIP Second?*, in *Sustainable Development, Global Trade and Social Rights*, cit., p. 71.

58 Conviene sottolineare, a questo proposito, che il concetto dello sviluppo sostenibile, basato sui suoi tre pilastri (ambientale, economico e sociale) è un principio che trova una sempre più crescente riconoscenza e legittimazione a livello internazionale grazie anche all'azione delle Nazioni Unite e all'agenda 2030, con i 17 obiettivi di sviluppo sostenibile, legati all'eradicazione della povertà e delle disuguaglianze, alla degradazione dell'ambiente naturale, alla prosperità, alla pace ed alla giustizia che dovrebbe essere raggiunta da qui al 2030.

Un'ulteriore conseguenza della mondializzazione del mercato riguarda la messa in discussione dei criteri di normatività.

B. La messa in discussione dei criteri di normazione

I criteri di normazione devono ritenersi ad oggi soggetti ad un profondo ripensamento, a fronte dell'emersione, negli ultimi anni, di alcuni strumenti che offrono una soluzione alternativa alle tradizionali categorie di *hard law* e *soft law*.

Tra questi, il primo è rappresentato dai c.d. *nudge*, elaborati grazie soprattutto a due studiosi americani Richard Thaler, un economista, e Cass Sunstein, un giurista.

Secondo tali Autori si può definire *nudge*, «ogni aspetto nell'architettura delle scelte che altera il comportamento delle persone in modo prevedibile senza proibire la scelta di altre opzioni e senza cambiare in maniera significativa i loro incentivi economici. Per contare come un mero pungolo, l'intervento dovrebbe essere facile e poco costoso da evitare. I pungoli non sono ordini. Mettere frutta al livello degli occhi conta come un nudge. Proibire il cibo spazzatura no»[59].

Più specificatamente il fine dei *nudge* consiste nel definire una «architettura delle scelte» per aiutare gli individui ad adottare le soluzioni migliori lasciando loro la libertà di scelta. Vastissimo è dunque il campo di applicazione di tale strumento.

Si tratta, in questi termini, di una "architettura" che potrebbe essere elaborata direttamente dallo Stato medesimo o comunque dalle Amministrazioni pubbliche centrali e locali al fine di regolare in modo migliore il mercato senza utilizzare necessariamente i tradizionali strumenti messi a disposizione dal diritto.

L'approccio che sta alla base dello strumento in esame è, inoltre, talmente semplice sul piano astratto, che alcuni autori hanno recentemente ritenuto riconducibili a tale strumento anche altri atti di incerta collocazione giuridica[60]. In questa prospettiva, come sopra accennato, il concetto di *nudge* introduce un sistema che, in generale, potrebbe essere considerato come un mezzo alternativo rispetto sia

---

59 Thaler, Sunstein, *Nudge. La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità*, Milano, 2009, e Sunstein, *Effetto nudge*, Milano, 2015 (già Thaler, C.R. Sunstein, *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*, New Haven, 2008). Ancora, sul tema, si veda Sunstein, *Semplice: L'arte del governo nel terzo millennio*, Milano, 2014.

60 In questi termini, si veda, a titolo esemplificativo, Valaguzza, *Nudging pubblico vs. pubblico: nuovi strumenti per una regolazione flessibile di ANAC*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2017, n. 2, la quale evidenzia come le linee guida non vincolanti adottate dall'ANAC potrebbero essere ricondotte proprio ai *nudge*, in considerazione della loro natura giuridica e della volontà dell'Autorità medesima che è sottesa alla loro adozione.

alle norme vincolanti che a quelle prive di efficacia vincolante diretta. Certamente, l'applicazione di questa specifica categoria al problema della regolazione del mercato non è affatto agevole: è in effetti necessario verificare nello specifico con quali modalità ed in quale misura mettere in pratica la nozione di *nudge*.

Il ricorso a questo strumento mette altresì in evidenza un problema di ordine più generale. I *nudge* sono espressione di una forma generalizzata di "paternalismo" (o "paternalismo libertario", come sostenuto dagli stessi Autori che hanno introdotto tale strumento): é pertanto necessario comprendere, nel contempo, in quale modo un tale mezzo possa conciliarsi con una concezione liberale del mercato.

Al di là dei *nudge*, sono rinvenibili altri strumenti che pur non avendo di per sé alcuna valenza giuridica, hanno acquisito ormai rilevanza sempre maggiore a livello internazionale.

Tra questi possono essere, innanzitutto, citati i rapporti "*Doing Business*" – il primo dei quali è stato elaborato nel 2003 – che vengono pubblicati dalla Banca Mondiale, analizzando 190 Paesi classificati in base alla «facilità di fare impresa».

I suddetti rapporti rappresentano uno strumento che, pur non avendo alcun effetto diretto, possono avere nondimeno rilevanti conseguenze giuridiche indirette, orientando in modo determinante le decisioni delle istituzioni pubbliche in ordine alla specifica tipologia di strumento giuridico da adottare. I rapporti in questione, in particolare, valutano l'attrattività economica dei sistemi giuridici ed influenzano i progetti di riforme, incidendo di conseguenza sul diritto positivo: la rilevanza di tali rapporti è stata, ad esempio, particolarmente sentita in Francia in occasione del movimento di riforma del *Code civil*, il quale è sfociato dapprima nella elaborazione dottrinale di un "*avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*" (c.d. "*avant-projet Catala*"), in seguito, nel successivo progetto di riforma ("*projet Terré*") e, da ultimo, nel disegno di legge ministeriale dal titolo «*Projet de réforme du droit de contrats*»[61].

Sempre nella prospettiva che è stata qui adottata appaiono di particolare interesse, poi, le modalità di regolazione poste in essere dalle c.d. Autorità indipendenti.

Come noto, tali soggetti, che s'ispirano, perlomeno in prima battuta, al modello anglosassone delle *Authorities* o *Independent Regulatory Agencies*, sono stati introdotti a partire dagli ultimi decenni del secolo scorso anche in Italia, ove la dottrina nazionale ha peraltro avuto ben modo da tempo di evidenziarne le criticità[62].

61 Sul punto si veda, in particolare, AMODIO, *Au nom de la loi*, Torino, 2012, p. 85 ss.

62 Tra i molti Autori che se ne sono occupati, ci si limita ad rinviare a MERUSI, *Democrazia ed Autorità indipendenti*, Bologna, 2000, p. 27; CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005, nonché *Manuale di diritto ammi-*

Ricerche giuridiche e-ISSN 2281-6100
7, 1, 2018, 85-106

Si tratta di enti pubblici, che pur tra loro disomogenei, sono tutte contraddistinti, da un lato, da un elevato tasso di tecnicità e professionalità, dall'altro lato da un sensibile grado di indipendenza dal potere esecutivo: in tale quadro, è stato evidenziato come le Autorità Indipendenti «assommano poteri di regolazione, poteri amministrativi esercitati in applicazione ai casi singoli delle regole da esse stesse poste e poteri di risoluzione in via stragiudiziale di controversie soprattutto tra imprese regolate e consumatori»[63].

Nel porre in essere i poteri ad essi attribuiti, le diverse Autorità Indipendenti, che sono state nel tempo costituite, sono legittimate ad adottare veri e propri regolamenti, atti e provvedimenti amministrativi, i quali incidono direttamente sugli operatori di quel settore del mercato che le Autorità stesse sono chiamate a regolamentare e a vigilare: in questo senso, tali soggetti danno luogo ad una vera e propria produzione normativa vincolante che si colloca a fianco della normativa generale, o addirittura la sostituisce, ponendo notevoli problemi circa la legittimazione di tali Autorità a regolamentare intere materie, compito che spetterebbe solo allo Stato, alle Regioni o ad altri Enti territoriali a seconda delle rispettive competenze.

Trattandosi, peraltro, di atti riconducibili alla categoria dei "provvedimenti amministrativi" la contestazione dei provvedimenti assunti dalle Autorità Indipendenti segue il tradizionale regime previsto per l'impugnazione degli atti aventi tale natura.

Va però evidenziato che le Autorità Indipendenti adottano nel contempo «atti» che sfuggono alla tradizionale classificazione del diritto amministrativo, la quale resta tuttora ancorata alla distinzione tra atto endoprocedimentale, di per sé non idoneo a produrre effetti immediati, e provvedimento amministrativo, l'unico atto produttivo di effetti e di conseguenza suscettibile di impugnazione avanti ai giudici amministrativi: si pensi alle comunicazioni o alle raccomandazioni che vengono formulate dalle Autorità in relazione a questioni specifiche, nonché a problematiche comuni a più operatori nel settore di competenza dell'Autorità stessa.

Tali atti "ulteriori", benché privi di efficacia giuridica, sono comunque volti ad influenzare in maniera significativa il comportamento di tali delle persone alle quali si indirizzano, sicché rispetto ad essi si pone comunque un problema di tutela generale per coloro i quali possono restarvi incisi: quest'ultima è la questione che è stata posta recentemente al *Conseil d'État* francese in una serie di giudizi[64].

nistrativo, Bologna, 2013, p. 337 ss. e D'Alberti, *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, 2012, p. 90 ss.

63 Così, Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 342.

64 Si vedano sul punto anche le considerazioni svolte da Boschetti, *Soft law e normatività: un'analisi comparata*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2016, n. 2, pp. 49-50 ss.

In particolare: un primo caso afferiva ad un comunicato dell'Autorità dei Mercati Finanziari (AMF) – che metteva in guardia gli investitori circa la bontà di alcuni fondi immobiliari – al quale era seguita la caduta delle contrattazioni in borsa con il conseguente ricorso della società al fine di ottenerne l'annullamento, nonché il risarcimento del danno[65].

Un secondo, che è stato deciso dal *Conseil d'État* lo stesso giorno del precedente caso, riguardava il ricorso proposto dalla società *Numericable* contro una lettera del Presidente dell'Autorità della Concorrenza con cui si dichiaravano venuti meno taluni obblighi imposti a società operanti nel settore audiovisivo (in sede di autorizzazione di una operazione di concentrazione) e alla quale era dunque seguita l'astensione da operazioni negoziali poste in essere in esecuzione di tali obblighi, con il conseguente danno ad alcuni operatori economici[66].

Un ultimo caso era, infine, relativo ad un provvedimento adottato dall'Autorità per l'Energia (la *Commission de Régulation de l'Énergie*), contenente una precisazione sulle condizioni di legittimità di un contratto tra fornitori di energia e gestori della rete, con specifico riferimento alla remunerazione dei costi di gestione dei clienti finali, avente effetto escludente sugli operatori non rientranti nelle soglie che erano state precisate dall'Autorità di cui trattasi a mezzo dell'atto impugnato[67].

Nei primi due giudizi richiamati, il *Conseil d'État* francese ha affermato, in particolare, che «les avis, recommandations, mises en garde et prises de position adoptés par les autorités de régulation dans l'exercice des missions dont elles sont investies, peuvent être déférés au juge de l'excès de pouvoir lorsqu'ils revêtent le caractère de dispositions générales et impératives ou lorsqu'ils énoncent des prescriptions individuelles dont ces autorités pourraient ultérieurement censurer la méconnaissance; que ces actes peuvent également faire l'objet d'un tel recours, introduit par un requérant justifiant d'un intérêt direct et certain à leur annulation, lorsqu'ils sont de nature à produire des effets notables, notamment de nature économique, ou ont pour objet d'influer de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles ils s'adressent; que, dans ce dernier cas, il ap-

65 Decisione del 21 marzo 2016, Società Fairvesta Int. Nn. 368082, 368083, 368084, disponibile all'indirizzo http://www.conseil-etat.fr/Decisions- Avis-Publications/Decisions/Selection-des-decisions-faisant-l-objet-d-une-communication-particuliere/CE-21-mars-2016-Societe-airvesta-International-GMBH-et-autres.

66 Decisione del 21 marzo 2016, Societé Numericable N. 390023, disponibile all'indirizzo http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Decisions/Selection-des-decisions-faisant-l-objet-d-unecommunication-particuliere/CE-21-mars-2016-Societe-NC-Numericable.

67 Decisione 13 luglio 2016, GDF Suez. in N. 388150, disponibile all'indirizzo https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000032892417.

partient au juge, saisi de moyens en ce sens, d'examiner les vices susceptibles d'affecter la légalité de ces actes en tenant compte de leur nature et de leurs caractéristiques, ainsi que du pouvoir d'appréciation dont dispose l'autorité de régulation; qu'il lui appartient également, si des conclusions lui sont présentées à cette fin, de faire usage des pouvoirs d'injonction qu'il tient du titre Ier du livre IX du code de justice administrative».

Nel terzo giudizio, il *Conseil d'État*, nel richiamare le considerazioni svolte nei precedenti giudizi, ha invece svolto ulteriori riflessioni in merito alla determinazione del termine entro il quale è possibile impugnare gli atti in questione, dal momento che questi non sono oggetto di apposita pubblicazione né comunicazione nei confronti degli interessati, ma sono semplicemente inseriti nei siti delle Autorità.

Tutte le decisioni adottate dal *Conseil d'État* francese nei giudizi richiamati evidenziano come sia possibile sindacare anche atti che di per sé non avrebbero alcuna efficacia giuridica, sulla base del fatto che anch'essi incidono, seppure indirettamente, sulla posizione giuridica degli operatori interessati. In questa prospettiva viene così attribuito un valore giuridico e dunque una intrinseca capacità di produrre diritto ad atti che in realtà sarebbero privi di una forma giuridica in tal senso.

Considerazioni conclusive

La ricerca che è stata svolta nei settori del diritto sopra esaminati induce a constatare che nessuno di essi appare in alcun modo risparmiato dalla logica del mercato.

È, infatti, possibile rilevare una forte influenza, sempre più rilevante, della logica economica sulle politiche dei diritti nazionali, sulle decisioni dei giudici, nonché sugli strumenti tradizionali del diritto. In tale direzione è ormai dirompente il livello di "funzionalizzazione" raggiunto dal diritto, se si considera che si può ormai constatare come spesso non siano i rapporti economici a doversi conformare alle regole, bensì queste ultime, addirittura, a doversi "reinventare" al fine di potersi adeguare alle esigenze che i mercati pongono.

È però scontato che lasciare ai mercati il potere di decidere le regole può esporre inevitabilmente coloro che dalle regole sono direttamente o indirettamente interessati al rischio di livellare verso il basso le rispettive garanzie sociali, le quali possono essere viste come un limite allo sviluppo dei mercati medesimi: tale rischio è, oltretutto, difficilmente gestibile se si pensa che i mercati, in conseguenza della loro progressiva internazionalizzazione, hanno sempre più una dimensione temporale e spaziale di difficile perimetrazione.

Questo obbliga tutti ad una apertura mentale alle scienze economiche.

Tale apertura può essere intesa in due modi.

In primo luogo come una necessaria conoscenza delle dinamiche

Ricerche giuridiche e-ISSN 2281-6100
7, 1, 2018, 85-106

economiche “tradizionali”, anche al fine di poter comprendere se una regola astrattamente ipotizzata abbia una qualche concreta rilevanza o debba essere riadattata alla realtà. Questo approccio è stato già in gran parte fatto proprio dai giuristi e, come visto, si ritrova, seppure in un impianto sistematico concettuale ben più complesso ed articolato, nella scuola di pensiero che prende il nome di “analisi economica del diritto”.

Vi è però un ulteriore approccio che le considerazioni sopra svolte sollecitano.

L’apertura del diritto all’economia può altresì significare la necessità di un maggiore recepimento delle regole proprie dei diversi settori che compongono la disciplina economica: si pensi, ad esempio, alle regole che sono state elaborate dalla c.d. “economia comportamentale”. L’interrogativo che si deve porre il giurista è, in tal quadro, con quali forme sia possibile recepire tali regole, dal momento che queste ultime difficilmente possono trovare forma compiute nelle espressioni tradizionali del diritto.

Ecco che allora che la *soft law*, che rappresenta l’espressione del diritto più malleabile, si articola in modo più ricco, mentre sorgono, contestualmente, nuovi criteri di normazione.

Tali nuove espressioni del diritto, peraltro, sono già state testate dalle Corti, le quali, come nei casi sopra richiamati che hanno visto protagonista il *Conseil d’État* francese, hanno dimostrato particolare sensibilità nel recepirle semplicemente adeguando il diritto vigente.

Forse, dunque, la sfida maggiore che attende i giuristi sul piano concettuale consiste nel cercare di dare una visione unitaria a questi fenomeni dando loro una coerenza che ancora appare da plasmare.

Ricerche giuridiche e-ISSN 2281-6100
7, 1, 2018, 85-106

Quaderni semestrali
del Progetto Dottorale di Alta
Formazione in Scienze Giuridiche
e del Centro Studi Giuridici
del Dipartimento di Economia
dell'Università Ca' Foscari Venezia